Der Kaufvertrag von Holz auf dem Stamme und seine Erfüllung, insbesondere im Konkurse des Verkäufers.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

vorgelegt von

Referendar Werner Puse.

Breslau 1928.
Druck von Otto Gutsmann, Breslau, Schuhbrücke 32.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter: Professor Dr. Schott.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548228_0029

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

1. Abschnitt: Der obligatorische Vertrag.

§ 2. I. Die Rechtsnatur des Kaufes von Holz auf dem Stamme . 1—4
II. Die Genehmigung des obligatorischen Vertrages nach der Bundesratsverordnung vom 15. März 1918:
§§ 3. Das Erfordernis der Genehmigung . . . . . 4—6
§§ 4. Die nachträgliche Einholung der Genehmigung . . . . . 6—8
§§ 5. Der Tatbestand der Erschleichung der Genehmigung . . . . 8—9
§§ 6. Die Erschleichung der Genehmigung in ihrer Wirkung nach der öffentlichrechtlichen Seite . . . . . 9—12
§ 7. Die Erschleichung der Genehmigung in ihrer Wirkung nach der privatrechtlichen Seite . . . . . 12—13

2. Abschnitt: Die Erfüllung des obligatorischen Vertrages.

§§ 8. Die Vertragserfüllung im allgemeinen 14
§§ 9. Der Eigentumserwerb durch Trennung . . . . . 14—17
§§ 10. Der Eigentumserwerb durch Besitzergreifung 17
§§ 11. Die Rechtsnatur des Eigentumserwerbs . . . . . 17—21
§§ 12. Der Widerruf der Gestattung und seine Folgen . . . . . 21—22

3. Abschnitt: Die Erfüllung des Vertrages im Konkurse des Verkäufers.

§ 13. I. Die Wirkung des Konkursbeschlages . . . . . 23—25
II. Das Schicksal des gegenseitigen Vertrages infolge der Konkurseröffnung:
§§ 14. Vollständige Erfüllung seitens einer Partei 25
§§ 15. Nichterfüllung oder nicht vollständige Erfüllung 26
§§ 16. Das Wahlrecht des Konkursverwalters . . . . . 26—28
III. Die Wirkung der Nichterfüllung im einzelnen:
§ 17. Der Umfang der Nichterfüllung beim Sukzessivlieferungsvertrage . . . . . 28—29
§ 18. Der konkursrechtliche Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung . . . . . 29—30
§§ 19. Die ältere bürgerlich-rechtliche Auffassung . . . . . 30—32
§§ 20. Die neuere bürgerlich-rechtliche Auffassung . . . . . 32—33
§§ 21. Die konkursrechtliche Auffassung . . . . . 33—34
§§ 22. Folgerungen aus der Natur des Schadensersatzanspruches . . 34—35
§§ 23. Das Schicksal des Vertrages infolge der Erfüllungsablehnung 35—37
§§ 24. Das Schicksal der Teilerfüllung . . . . . 37—39
§§ 25. Die Begründung des Bereicherungsanspruchs . . . . . 39—40
§§ 26. Der Schadensersatzanspruch wegen verzögerter Erfüllung im Konkurse . . . . . 40—41
§ 27. Anrechnung oder Aufrechnung . . . . . 41—42

Schrifttum.

I. Verzeichnis der benutzten Bücher und Schriften.

Bendix: Der Schutz des Vormerkungseintrags in den Fällen der BRVO. vom 15. März 1918, Jur. Woch. 1918 S. 494.

Biermann, Johannes: Bürgerliches Gesetzbuch 3. Buch, Sachenrecht, 3. Aufl., Kommentar, Berlin 1914.

Blume, von W.: Zur Lehre vom Fruchterwerb des Pächters in Iherings Jahrb. für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, 39. Bd. S. 429 ff.

Dernburg, Heinrich: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, das Sachenrecht 3. Band 4. Aufl., Halle 1908.

Derselbe: Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten in Deutsche Juristen-Zeitung 1905 S. 465.

Enneccerus, Ludwig:

Kipp, Theodor:

Wolff, Martin: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band I, 1 Allgemeiner Teil 22. bis 24. Aufl. 1924; Band I, 2 Recht der Schuldverhältnisse 18. bis 22. Aufl. 1923; Band II, 1 Sachenrecht 5. Bearbeitung 1923.

Fitting: Reichskonkursrecht und Konkursverfahren 2. Aufl.

Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht 2. Band. Sachenrecht, Leipzig 1905, in Binding, Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft.

Hatschek, Julius: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 3. und 4. Aufl.

Helfritz, Hans: Allgemeines Staatsrecht, Berlin 1924.

Hellmann, Friedrich: Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, Berlin 1907.

Hellwig: Klagrecht und Klagmöglichkeit 1. Aufl.

Holzapfel: Die Bundesratsverordnung über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken vom 15. März 1918 in Pr. Verwaltungsblatt 39, 344.

Jäger, Ernst: Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen 1. Band 5. Aufl., Berlin 1916.

Jellinek, Walter: Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, Tübingen 1908.

Jung, Erich: Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des „rechtlichen Grundes", Leipzig 1902.

Kommentar der Reichsgerichtsräte: Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts I. Band (Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse) 3. Aufl. 1921.

Kormann, Karl: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910.

Landsberg, Adolf: Der Kauf von Holz auf dem Stamme, Sonderabdruck aus der Jurist. Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen, Jahrgang 1899 Nr. 12.

Macher: Aufsatz über die BRVO. vom 15. März 1918 in Deutsche Jurist. Zeitung 1920 S. 716.

Marcus: Die BRVO. über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken in Zentralbl. f. freiw. Ger. 19, 105.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht 1. Band 3. Aufl. 1924 in Binding, Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft VI, 1.

Mayr, von Robert: Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechtes, Leipzig 1903.
Mentzel, Franz: Kommentar zur Reichskonkursordnung 1926.
Neuhäuser, Robert: Die Erschleichung rechtsgeschäftlicher Verwaltungsakte durch Täuschung der Behörden, Hamburg 1921, Abhandlungen und Mitteilungen aus dem Seminar für öffentliches Recht und Sozialrecht Heft 8.
Oetker, Friedrich: Über den Einfluß der Eröffnung des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge in Busch, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß 14, 1.
Pagenstecher: Lehre von der materiellen Rechtskraft. 1. Aufl.
Petersen-Kleinfeller: Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen, 4. Aufl. 1900.
Planck's: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz 4. Aufl. I. Band Allgemeiner Teil, II. Band Recht der Schuldverhältnisse, III. Band Sachenrecht (bearb. von Strecker und Brodmann).
Predari: Bemerkungen zu der BRVO. vom 15. März 1918 in Gruchot, Beiträge Band 62, 433.
Redlich: BRVO. in der gerichtlichen Praxis, Deutsche Jurist.-Zeitung 1918 S. 529.
Riehl: Die Bekanntmachung des Reichskanzlers, über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken, Deutsche Jurist.-Zeitung 1918 S. 276.
Riezler, Erwin: Venire contra factum proprium, Leipzig 1912.
Rosenberg, Leo: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch 3. Band (Sachenr.), München 1919.
von Sarwey-G. Bosserl: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, Berlin 1901.
Schanz: Zur BRVO. vom 15. März 1918 in Zeitschrift für das Notariat in Bayern, Band 21 S. 18.
Schlegelberger-Güthe: Kriegsbuch, Bd. 8 u. 9 (Die Kriegsgesetze mit der amtlichen Begründung).
Sellner, G: Zu § 956 BGB. in Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1. Jahrgang Nr. 5.
Skalweit: Rechtliche Erörterungen zu der Bekanntmachung über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken. Juristische Wochenschrift 1919 S. 419.
Soergel, Hans-Theodor: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz 3. Aufl. 1926.
Band I (Allgemeiner Teil, Schuldverhältnisse).
Band II (Sachenr., Familienr., Erbr.).
v. Staudinger, J.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz.
I. Band (Allgemeiner Teil) 7./8. Aufl.
III. Band (Sachenrecht) 9. Aufl.
Warneyer, Otto: Kommentar zu den wirtschaftlichen Nebengesetzen des bürgerlichen Gesetzbuchs. Tübingen 1923.
v. Wilmowski G.-Kurlbaum: Deutsche Reichs-Konkursordnung, 6. Auflage, Berlin 1906.
Winter: Über den Kauf von Holz auf dem Stamme und von Früchten auf dem Halme nach neuem Rechte in Gesetz und Recht, Jahrg. 1903, Nr. 16.

II. Dissertationenverzeichnis:

Amon, Georg: Erlangen 1896, Über die Erfüllung schwebender Rechtsverhältnisse im Konkurse.
Bullermann, Friedrich: Marburg 1914, Die Lehre vom Fruchterwerb.

Dalhe, Paul-Hanns: Wirkung der Konkurseröffnung auf gegenseitige Verträge des Gemeinschuldners, die zur Zeit der Konkurseröffnung von ihm und dem anderen Teil noch nicht oder nicht vollständig erfüllt sind.

Floerke: Rostock 1913, Erwerb von Erzeugnissen und Bestandteilen einer Sache nach dem BGB.

Haenisch, Paul: Greifswald 1919, Erfüllung und Gefahrübergang beim Kauf von Holz auf dem Stamme.

Kaatz, Leopold: Rostock 1907, Einwirkung des Konkurses auf gegenseitige Verträge.

Maas, Gottfried: Jena 1915, Die Wirkung der Ablehnungserklärung des Konkursverwalters.

Meyer-Edward, Manfred: Gießen 1908, Systematische Darstellung des Fruchterwerbs nach den §§ 953 bis 957 BGB.

Pünder, Werner: Würzburg 1914, Die Wirkungen der Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters auf den gegenseitigen Vertrag als Folgen schuldloser Haftung.

Sachs, Alfred: Rostock 1915, Die Nichterfüllung gegenseitiger Verträge des Gemeinschuldners auf Grund der Ablehnungserklärung des Konkursverwalters.

Salier, Georg: Rostock 1903, Verkauf von Bäumen auf dem Stamme unter besonderer Berücksichtigung der §§ 865, 956 BGB. und des gemeinen Rechts.

Schülk, Rudolf: Rostock 1908, Die Erfüllung des Verkaufs stehender Bäume.

Unger, Salo: Breslau 1912, Die Einwirkung der Konkurseröffnung auf schwebende Rechtsverhältnisse, insbesondere nach den §§ 17 und 26 der KO.

Wiedemann, Kurt: Breslau 1913, Die Möglichkeit von Sondereigentum und Sonderbesitz an Bäumen auf dem Stamme und die sich hieraus ergebenden Folgen beim Kauf.

III. Zeitschriften, Entscheidungen, Verfügungen:

Deutsche Juristenzeitung.
Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
Jherings Jahrbuch für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
Juristische Wochenschrift.
Justiz-Ministerialblatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege.
Preußisches Verwaltungsblatt.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit.
Zeitschrift für das Notariat, für die freiwillige Gerichtsbarkeit und das Grundbuchwesen in Bayern.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

§ 1. Einleitung.

Die Aufgabe vorliegender Arbeit besteht darin, das Recht des Kaufes von Holz auf dem Stamme nach der obligatorischen wie nach der dinglichen Seite, sowohl außerhalb des Konkurses wie im Konkurse zu behandeln.

So gilt es bezüglich des obligatorischen Vertrages in dem Streit nach dem Gegenstande des Vertrages und zu der Frage seiner verwaltungsbehördlichen Genehmigung nach der Bundesratsverordnung vom 15. März 1918 Stellung zu nehmen; im Zusammenhang damit soll auf die Möglichkeit einer nachträglichen Genehmigung des Vertrages und auf die im Rechtsleben häufig vorkommende Erschleichung der Genehmigung eingegangen werden.

Die dingliche Seite des Vertrages, seine Erfüllung, zwingt zum Eigentumserwerb des obligatorisch Fruchtberechtigten Stellung zu nehmen. Hierbei sollen die Möglichkeit des Widerrufs der Gestattung und die sich hieraus für den Käufer ergebenden Ansprüche, die zwar im Schrifttum bejaht, aber nirgends begründet sind, erörtert werden.

Hinsichtlich der Erfüllung des Vertrages im Konkurse kann im Interesse der Kürze der Darstellung lediglich die Erfüllung infolge des Konkurses einer Vertragspartei, nämlich des Verkäufers, behandelt werden, zumal sich die auf Grund dieser Untersuchung gewonnenen Ergebnisse sinngemäß im Konkurse des Käufers anwenden lassen. Im einzelnen werde ich auf die Wirkung des Konkursbeschlages und das Schicksal des gegenseitigen Vertrages eingehen, ferner den Fall der vollständigen Erfüllung seitens einer Partei und der Nichterfüllung oder nicht vollständigen Erfüllung nach den §§ 17 und 26 KO. behandeln.

1. Abschnitt: Der obligatorische Vertrag.

§ 2 I. Die Rechtsnatur des Kaufes von Holz auf dem Stamme.

Beim Abschluß eines Kaufvertrages von Holz auf dem Stamme geht der Wille der Parteien regelmäßig dahin, daß der Käufer berechtigt sein soll, auf dem Grundstück des Verkäufers eine bestimmte Menge von Holz auf dem Stamme zu schlagen und für sich zu verwerten, während der Verkäufer berechtigt sein soll, dafür ein bestimmtes Entgelt sowie die Abnahme der gekauften Sache, nämlich

den Einschlag und die Abfuhr des Holzes, zu fordern. Die Eigenart des Vertrages besteht darin, daß er sich auf Holz auf dem Stamme, also auf stehende Bäume, erstreckt. Es fragt sich, ob in dem Besitz an den stehenden Bäumen, in einem besonderen Abholzungsrechte oder in den stehenden Bäumen selbst der Gegenstand des Vertrages zu erblicken ist. Nach § 433 Satz 1 und 2 BGB. können Sachen wie Rechte Gegenstand eines Kaufvertrages sein. Daß der Besitz an den noch stehenden Stämmen Gegenstand des Kaufvertrages [1]) sein soll, ist m. E. abzulehnen. Sieht man den Besitz als dingliches Recht an, so kann der Besitz schon deshalb nicht Gegenstand des Vertrages sein; denn stehende Bäume sind wesentliche Bestandteile nach § 94 BGB. und insoweit nicht Gegenstand besonderer Rechte. Sieht man jedoch, m. E. zu Recht, den Besitz, der nur um des Rechtsfriedens willen durch die Besitzklagen geschützt ist, als rein tatsächliches Verhältnis [2]) an, wie auch die Möglichkeit des Teilbesitzes nach § 865 BGB ergibt, so ist der Besitz als Kaufgegenstand ebenfalls abzulehnen. Ein rein tatsächliches Verhältnis, das nur ausnahmsweise in § 854 Abs. II BGB. nicht rein tatsächlich erworben wird, kann nicht Gegenstand eines obligatorischen Rechts sein und durch Vertrag erworben werden. Abgesehen davon liegt es in vielen Fällen nicht im Willen der Vertragsparteien, daß der Käufer bereits Besitz an den ungetrennten Bäumen erlangt. Ein Abholzungsrecht [3]), mit anderen Worten die vertragliche Einräumung eines dinglichen Rechtes, auf Grund dessen der Käufer berechtigt wäre, Holz auf dem Stamme einzuschlagen und für sich zu verwerten, kommt als Gegenstand des Vertrages nicht in Betracht. Abgesehen davon daß die stehenden Bäume wesentliche Bestandteile nach § 94 BGB. sind und daher nicht Gegenstand eines dinglichen Rechts sein können, ist eine Verdinglichung des Abholzungsrechtes des Käufers durch Eintragung nach geltendem Rechte unzulässig. Unser bürgerliches Recht kennt nur die geschlossene Zahl der dinglichen Rechte, so daß eine Verdinglichung beliebiger Rechtsverhältnisse durch Parteivereinbarung ausgeschlossen ist [4]). Außerdem kommt ein Abholzungsrecht deshalb nicht als Gegenstand des Vertrages in Betracht, weil damit die Abnahmepflicht des Käufers entfiele, an der dem Verkäufer regelmäßig viel gelegen ist.

Als Gegenstand des Vertrages kommen nur die stehenden Bäume in Frage. Sie sind nach § 94 BGB. wesentliche Bestandteile des Grundstücks; denn einmal sind sie „mit dem Grund und Boden fest verbunden", solange sie noch unabgeholzt dastehen, sodann sind sie

[1]) Haenisch, Diss. S. 4.
[2]) Dernburg, das Bürgerliche Recht Band 3 § 11 Z. 2.
[3]) Haenisch, Diss. S. 3.
[4]) Derselben Ansicht Winter, Ges. u. Recht 1903, S. 123; Landsberg a. a. O. S. 8 am Ende; ebenso I. von Staudinger III, § 956 I, 1c.

Erzeugnisse des Grundstücks und auch insofern wesentlicher Bestandteil. Für die Erzeugniseigenschaft der Bäume spricht der Umstand, daß sie auf dem Boden des Forstes gewachsen und so von ihm hervorgebracht sind. Grundsätzlich gleichgültig ist es, ob die Bäume nach forstwirtschaftlichen Gesichtspunkten oder im Wege des Raubbaues geschlagen werden[1]). Die Richtigkeit dieser Behauptung erhellt daraus, daß die Erzeugnisse zu den Früchten einer Sache nach § 99 Abs. 1 BGB. gehören. Der Fruchtbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches aber umfaßt, wie sich aus dem Schweigen des Gesetzes in § 99 BGB. ergibt, auch die Raubbaufrüchte[2]). Ferner sind letztere z. B. in § 1039 BGB. ausdrücklich für den Nießbrauch behandelt. Ist somit die Bestandteilseigenschaft der Bäume erwiesen, so fragt es sich, ob sie Gegenstand obligatorischer Rechte sein können. Wenn § 93 BGB. besagt, wesentliche Bestandteile können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein, so sind damit nach allgemeiner Ansicht nur Rechte an der Sache, dingliche Rechte, gemeint. So ist es unmöglich, daß die stehenden Bäume vor der Trennung in jemandes anderen Eigentum stehen als in dem des verkaufenden Grundstückseigentümers. Ein Sondereigentum an stehenden Bäumen[3]) kann nach Art. 181 EG. z. BGB. im geltenden Recht nicht mehr begründet werden. Rechte auf die Sache, obligatorische Rechte, sind dagegen nach § 93 BGB. an wesentlichen Bestandteilen zulässig, da durch sie das Recht des Verkäufers nicht beeinträchtigt wird. Der Verkäufer wird nur verpflichtet, dem Käufer regelmäßig das Eigentum zu verschaffen. Mithin sind die Kaufverträge über zukünftig bewegliche Sachen mit den Vorschriften von § 93 BGB. vereinbar[4]). Kaufgegenstand sind die stehenden Bäume.

Nach § 433 BGB. ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Sachen zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen. Davon kann beim Kaufe von Holz auf dem Stamme in dem strengen Wortsinne des § 433 BGB. keine Rede sein, da der Käufer hier regelmäßig die Bäume selbst abholzen und abfahren läßt. Um zur Annahme eines Kaufvertrages zu gelangen, muß man unterstellen, daß der Verkäufer hier seiner Vertragspflicht genügt, sofern er dem Käufer für die Dauer des Vertrages gestattet, sich die Bäume durch eigene Tätigkeit anzueignen. Dies ist m. E. zulässig, da das BGB. dem nicht ausdrücklich widerspricht[5]) und die Vorschriften über den Kauf wie überhaupt die Normen des Schuldrechts dispositives Recht sind. Eine nur analoge Anwendung der §§ 433 ff. lehne ich ent-

[1]) Landsberg a. a. O. S. 8.
[2]) Meyer-Edward, Diss. § 1, 1b S. 2; Enneccerus I, 1 § 120 II, 1a; Floerke, Diss. S. 6; RGE. Bd. 80 S. 232.
[3]) Schütt, Diss. S. 13.
[4]) Wiedemann, Diss. S. 24; Salier, Diss. § 2, S. 4.
[5]) Plancks Kommentar III § 956 Z. 3.

gegen Haenisch[1]) ab. Verkauft werden können alle Sachen und Rechte, die Gegenstand des Verkehrs sein können; nur sind dann die Pflichten der Vertragsparteien entsprechend auszulegen, ohne daß damit der Vertrag seine Natur als Kauf einbüßt.

Ferner ist noch auf die beim Kauf von Holz auf dem Stamme häufige Vertragsbestimmung des Sukzessivlieferungsvertrages hinzuweisen. Der Grund für eine solche Abmachung ist darin zu suchen, daß z. B. bei einem Kauf, der sich auf 100 Morgen Forst erstreckt, die beiderseitige Erfüllung, Lieferung und Bezahlung, aus praktischen Gründen nicht auf einmal, sondern nur in Teilleistungen erfolgen kann. Die Erfüllung erfolgt dann in der Weise, daß der Käufer das jeweils gewonnene Holz gegen Zahlung einer bestimmten Summe je Kubikmeter für sich verwerten darf. Es liegt in solchen Fällen ein Einheits- oder Sukzessivlieferungsvertrag vor, dessen Eigenart darin besteht, daß seine Erfüllung zwar in Teilleistungen erfolgt, die Vertragsparteien aber trotzdem ein Interesse daran haben, daß der Vertrag in vollem Umfange erfüllt wird.

Da sich vorliegender Kauf auf wesentliche Bestandteile eines Grundstücks bezieht, fragt es sich, ob der Formvorschrift des § 313 BGB. genügt werden muß. Dies ist abzulehnen[2]), da sich der Vertrag lediglich auf die künftig beweglichen Bestandteile, nicht aber auf das Grundstück selbst erstreckt. Eine Eigentumsübertragung des Grundstücks ist nicht Gegenstand des Vertrages.

II. Die Genehmigung des obligatorischen Vertrages nach der Bundesratsverordnung vom 15. März 1918.

§ 3. Das Erfordernis der Genehmigung.

Der rechtsgeschäftliche Verkehr mit Grundstücken ist in dem Recht der Neuzeit aus volkswirtschaftlichen Gründen verwaltungsbehördlicher Genehmigung unterworfen worden, wie der Erlaß der Bundesratsverordnung (BRVO.) vom 15. März 1918 (RGBl. 1918, S. 123) über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken beweist. Es fragt sich, ob der Kaufvertrag von Holz auf dem Stamme einer solchen Genehmigung bedarf.

Die eben erwähnte Verordnung ist rechtsgültig. Die Rechtsgrundlage[3]) für den Erlaß dieser Verordnung bildet § 3 des Gesetzes über die Ermächtigung des Bundesrates zu wirtschaftlichen Maßnahmen vom 4. August 1914 (RGBl. 1914 S. 327). Dadurch wurde der Bundesrat ermächtigt, alle gesetzlichen Maßnahmen, also auch den Erlaß von Verordnungen, zu treffen, die zur Abhilfe wirtschaft-

[1]) Haenisch a. a. O. S. 3.
[2]) Derselben Ansicht Haenisch a. a. O. S. 5.
[3]) Warneyer, Nebengesetze des BGB. S. 252 am Ende.

licher Schäden notwendig waren. Die Fortdauer dieser Verordnung über die Zeit der Staatsumwälzung hinaus ergibt sich aus Art. 178 Abs. II S. 1 der Reichsverfassung vom 11. August 1919. Außerdem ist eine Bekanntmachung vom 28. Dezember 1918 [1]) ergangen, die die Gültigkeit der Bundesratsverordnungen während des Krieges bis zu ihrer Aufhebung bestätigt. Eine Aufhebung der Verordnung ist nach § 10 der BRVO. durch den Reichsrat noch nicht erfolgt. Vorliegende Verordnung betrifft entgegen der Überschrift auch „Grundstücke, die zum Betriebe der Forstwirtschaft bestimmt sind", wie aus § 3 der Verordnung hervorgeht. Allerdings erstreckt sich die Genehmigungspflicht nach § 1 der Verordnung nur auf Grundstücke mit forstwirtschaftlicher Betriebsführung, die über 5 ha groß sind, nicht aber auf Zwerggrundstücke. Da aber ein Verkauf von Holz auf dem Stamme praktisch nur bei größeren Grundstücken erfolgen kann, während bei Zwerggrundstücken das bereits eingeschlagene Holz verkauft zu werden pflegt, so dürfte die Frage der Genehmigung beim Kaufe von Holz auf dem Stamme praktisch von Bedeutung sein. Der Kauf von Holz auf dem Stamme ist nach § 1 der BRVO. eine Vereinbarung, die den Genuß von Erzeugnissen zum Gegenstand hat. Vereinbarung ist nach richtiger Ansicht [2]) jeder Vertrag „sowohl dinglicher wie obligatorischer Natur".

Es hieße, dem Begriff der Vereinbarung Gewalt antun, wollte man entgegen dem Reichsgericht im Einklang mit dem Berufungsgericht darunter nur Nießbrauch, Pacht und andere Verträge verstehen. Es fallen vielmehr alle Verträge dinglicher wie obligatorischer Natur [3]) darunter, sofern die Grundstücke über 5 ha groß sind. Die Bedenken des Berufungsgerichts sind nicht haltbar. Mit Recht hebt die Pr. Verfügung [4]) hervor, daß die Auslegung der BRVO. möglichst weit sein muß, „um Umgehungsversuche zu verhindern". Auch das Bedenken des Berufungsgerichts, daß dann z. B. jeder Kauf von Kartoffeln, die der Käufer selbst aberntet, der Genehmigung bedarf, erledigt sich insofern, als diese Fälle nur Ausnahmen von der Regel sein dürften; denn in der Regel findet ein Kauf von nicht getrennten Erzeugnissen nur beim Kauf von Holz auf dem Stamme und von Getreide auf dem Halm statt. Ein Genuß von Erzeugnissen ist darin zu erblicken, daß der Käufer die Bäume nach dem Vertrage für sich verwerten darf. Die Eigenschaft der Bäume auf dem Stamme als Erzeugnis [5]) habe ich oben bei Erörterung der Frage

[1]) Abgedruckt in Schlegelberger, Bd. 9 S. 153, Bekanntmachung über die Gültigkeit der während des Krieges vom Bundesrat, Reichskanzler, Heeresverwaltung erlassenen wirtschaftlichen Verordnungen.

[2]) RGE. Bd. 109 S. 190.

[3]) Riehl, Deutsche Juristenzeitung 1918 S. 276.

[4]) Pr. Verfügung vom 27. 3. 1918 zu § 1 Bem. in Schlegelberger, Kriegsbuch Bd. 8 S. 131 ff.

[5]) RGE. Bd. 80 S. 232

nach dem Gegenstande des Kaufvertrages bereits behandelt. Mithin bedarf der Abschluß eines Kaufvertrages von Holz auf dem Stamme, der sich auf ein mehr als 5 ha großes Grundstück erstreckt, verwaltungsbehördlicher Genehmigung.

Die zuständigen Stellen zur Erteilung dieser Genehmigung sind nach den Ausführungsbestimmungen [1]) zur Verordnung und nach § 8 BRVO. auf dem Lande der Landrat und in den Städten der Bürgermeister des Bezirks, in dem das Grundstück belegen ist.

§ 4. Nachträgliche Einholung der Genehmigung.

Die Genehmigungspflicht wird beim Abschluß des Kaufvertrages von Holz auf dem Stamme zuweilen übersehen. Es fragt sich, welche zivilrechtlichen Folgen sich daran knüpfen. Ist ein ohne Genehmigung abgeschlossener Vertrag von vornherein nichtig und eine Heilung unmöglich oder kann die Genehmigung nachträglich erteilt werden? Hat insbesondere die nachträgliche Genehmigung rückwirkende Kraft oder nicht? Zur Beantwortung dieser Fragen soll näher auf die Natur dieser Genehmigung eingegangen werden. Die Erteilung vorliegender Genehmigung ist Akt der allgemeinen Staatsverwaltung. Der Landrat oder der Bürgermeister handeln hier nicht als Polizeiorgan, sondern als Beamte der allgemeinen Staatsverwaltung. Diese Behauptung dürften die Allgemeine Verfügung [2]) wegen Veröffentlichung der Begründung zur BRVO. sowie die Pr. Verfügung betr. Grundsätze für die Ausführung der Bekanntmachung vom 27. März 1918 genügend stützen. Demnach ist es der Zweck der Einführung der Genehmigung „unfachmännische Betriebsführung, Verschleierung der Kriegsgewinne, gröbliche Verletzung der Landeskultur u. a." zu verhüten. Daraus erhellt, daß vorliegende Genehmigung ein staatlicher Hoheitsakt ist und in ihren Wirkungen nicht ohne weiteres der privatrechtlichen Genehmigung nach den §§ 182 ff. BGB. gleichzusetzen ist [3]). Demnach kann man bei nachträglicher Genehmigung nicht ohne weiteres Rückwirkung annehmen. Das Kammergericht in einer Entscheidung [4]) und mit ihm Bendix in einem Aufsatz [5]) nehmen sogar Nichtigkeit des ohne Genehmigung geschlossenen Kaufvertrages nach § 134 BGB. an, da er ohne Genehmigung geschlossen sei und gegen ein gesetzliches Verbot verstoße. Alsdann wäre freilich eine Heilung durch nach-

[1]) Pr. Justiz-Min.-Bl. 1918, Nr. 41 Z. 1.

[2]) Allgemeine Verfügung im Pr. Just.-Min.-Bl. 1918, Nr. 42; ferner Pr. Verf. betr. Grundsätze für die Ausführung der Bekanntmachung vom 27. März 1918 in Schlegelberger, Kriegsbuch, Bd. 8 S. 131 ff.

[3]) Derselben Ansicht Predari, Bem. z. d. BRVO. bei Gruchot 62 S. 433; Skalweit, Jur. Wochenschr. 1919, S. 494.

[4]) Jahrb. der Entsch. des Kammerger., Bd. 51 S. 161.

[5]) Bendix, der Schutz der Vormerkungseintragung in den Fällen der BRVO., Jur. Wochenschr. 1918, S. 494.

trägliche Genehmigung nicht möglich, sondern es bedürfte erneuter Vornahme des Rechtsgeschäfts nach § 141 BGB. Diese Ansicht ist m. E. nicht haltbar. Allenfalls ließe sich noch bei einer Auflassung, nicht aber bei vorliegendem Kaufvertrage behaupten, daß das Rechtsgeschäft im Sinne des § 7 der BRVO. gegen ein gesetzliches Verbot verstoße und demnach nichtig sei. Aber bei weiterem Eingehen auf den Sinn der Verordnung erweist sich auch dies als irrig. § 4 Abs. 2 der Verordnung sieht nämlich eine nachträgliche Genehmigung vor; denn er bestimmt, daß ein Widerspruch, der auf Grund eines ohne Genehmigung vorgenommenen Rechtsgeschäfts eingetragen ist, zu löschen ist, sobald die Genehmigung erteilt ist. Unter letzterer Genehmigung kann aber nur eine nachträgliche Genehmigung gemeint sein. Demnach ist eine nachträgliche Genehmigung möglich[1]), durch die das Rechtsgeschäft wirksam wird. An den ohne Genehmigung geschlossenen Vertrag sind die Parteien nach übereinstimmender Meinung des Schrifttums, das nachträgliche Genehmigung für möglich hält, bis zur Erteilung oder Versagung der Genehmigung gebunden. Dies mit Recht; denn nach § 145 BGB. sind ein Vertragsantrag und überhaupt jedes Vertragsangebot und jede Vertragsannahme grundsätzlich unwiderruflich. Es besteht allerdings hier ein Schwebezustand, und weder der Verkäufer noch der Käufer können sich einseitig vom Vertrage lossagen. Derselben Ansicht, daß die Parteien an eine Vereinbarung im Sinne der BRVO. bis zur Erteilung oder Versagung der Genehmigung gebunden sind, ist auch das RG.[2]). Insoweit ist auch Skalweit[3]) einverstanden. Nunmehr spricht er jedoch dieser Genehmigung jegliche Rückwirkung auf die Zeit des Vertragsabschlusses ab. Er hält die Genehmigung für eine Rechtsbedingung und behauptet, daß diese nach § 159 BGB. keine rückwirkende Kraft haben könne. Die Anwendung von § 184 BGB., der der Genehmigung rückwirkende Kraft beilegt, lehnt er mit der Begründung ab, die Genehmigung sei Staatshoheitsakt und unterstehe insoweit nicht den Bestimmungen des Privatrechts. Die Fehlerhaftigkeit der Beweisführung Skalweits liegt auf der Hand. Da, wo es ihm paßt, wendet er die Vorschriften des BGB., insbesondere § 159 BGB., an; kurz darauf aber sagt er, § 184 BGB. könne keine Anwendung finden, da die Genehmigung nicht nach bürgerlichem Recht zu beurteilen sei. Ich glaube, Skalweit hat sich damit selbst widerlegt. Es ist m. E. in Übereinstimmung mit Warneyer[4]) und Predari[5]) die analoge Anwendung von § 184 BGB. bezüglich

[1]) Derselben Ansicht Enneccerus-Kipp-Wolff II, 1 § 61 I, 4 Anm. 16; ebenso Riehl, D. Jur.-Ztg. 1918, S. 276; Redlich, D. Jur.-Ztg. 1918, S. 529; Predari a. a. O.; Marcus, Zentr.-Bl. f. freiw. Gerichtsbarkeit 19, 105; Holzapfel, Pr. Verw.-Bl. 39, S. 344.

[2]) RGE. 102, S. 1 ff.

[3]) Skalweit, Jur. Wochenschr. 1919, S. 491.

[4]) Warneyer, Kommentar zu den wirtschaftlichen Nebengesetzen, S. 252.

[5]) Predari, in Gruchot 62 S. 433 ff.; Macher, D. Jur.-Ztg. 1920, S. 716.

der verwaltungsbehördlichen Genehmigung zu bejahen. Danach können Verkäufer und Käufer die bei Abschluß des Vertrages versäumte Genehmigung nachträglich einholen. Diese nachträglich erteilte Genehmigung wirkt ex tunc. Der Vertrag wird mit Rückwirkung auf die Zeit des Vertragsabschlusses voll wirksam.

§ 5. Der Tatbestand der Erschleichung der Genehmigung.

Eine weitere Frage ist die, ob und inwieweit eine Erschleichung der verwaltungsbehördlichen Genehmigung die Rechtsgültigkeit des obligatorischen Vertrages beeinträchtigt.

Zur Beantwortung dieser Streitfrage bedarf die Erteilung der Genehmigung in ihrer Eigenschaft als staatlicher Hoheitsakt einer Nachprüfung nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechts. Es ist zunächst festzustellen, wann überhaupt eine Erschleichung im Sinne des öffentlichen Rechts vorliegt. Daran wird sich in den späteren Paragraphen die Untersuchung darüber anschließen, ob die erteilte Genehmigung wegen Erschleichung nichtig ist oder deshalb widerrufen oder angefochten werden kann, und wie die erschlichene Genehmigung im Hinblick auf den Kaufvertrag privatrechtlich zu behandeln ist.

Wie oben bereits ausgeführt, beruht die Erteilung der Genehmigung auf der BRVO. vom 15. März 1918. Letztere Verordnung ist eine Rechtsverordnung, da sie materielles Recht schafft. Sie ist formell Verordnung, materiell Gesetz. Die Erteilung der Genehmigung ist demnach, da sie auf gesetzlicher Grundlage beruht, keine bloße Rechtshandlung, „an die sich rechtliche Wirkungen ohne Rücksicht auf den Willen des Handelnden anknüpfen“ [1]), wie Belehrung, Mahnung und anderes, sondern ein rechtsgeschäftlicher Akt der Verwaltung. Bei letzterem tritt der rechtliche Erfolg ein, „weil er gewollt ist“. Infolgedessen ist auch der Verwaltungsrechtsweg grundsätzlich nicht verschlossen. Mithin ist die Möglichkeit der Anfechtung [2]) näher zu untersuchen.

Was zunächst die Tatbestandsmerkmale der Erschleichung anlangt, so soll von folgendem praktischen Fall ausgegangen werden: „Zwei Vertragsgegner haben einen Kaufvertrag über 100 Morgen Holz auf dem Stamme abgeschlossen, ohne ihrer Genehmigungspflicht zu genügen. Nachdem der Käufer bereits 60 Morgen Holz hat schlagen und 40 Morgen auch abfahren lassen, verbietet der Verkäufer dem Käufer infolge persönlicher Streitigkeiten die weitere Abfuhr unter

[1]) Hatschek, Verwaltungsrecht S. 10 unten; ebenso Neuhäuser, Erschleichung der rechtsgeschäftlichen Verwaltungsakte § 3 S. 5.

[2]) Hier die Anfechtungsnormen des BGB. auch nur analog anzuwenden, wäre verfehlt, da die Genehmigung ein Verwaltungsakt ist, aber keine privatrechtliche Willenserklärung.

dem Vorwande, daß der Vertrag nicht genehmigt sei. Hierauf begibt sich der Käufer zum Landrat und trägt ihm in der Befürchtung, daß der Landrat bei Kenntnis des wahren Sachverhalts die Genehmigung versagen würde, vor, daß die „Fläche" schon eingeschlagen sei. Daraufhin erteilt der Landrat, der bei Kenntnis des wahren Sachverhalts anders entschieden hätte, die Genehmigung". Die Angabe des Käufers, die Fläche sei schon eingeschlagen, ist eine Täuschung; denn der Käufer spiegelt dadurch die falsche Tatsache vor, die ganze Fläche sei schon eingeschlagen, während noch 40 Morgen ungeschlagen sind. Diese Täuschung ist Ursache der Entschließung des Landrats, die Genehmigung zu erteilen; denn ohne das Vorliegen einer Täuschung hätte der Landrat anders entschieden; in der Tat hätte der Landrat in unserem Beispiel auch eine gesetzliche Grundlage für die Versagung der Genehmigung gehabt; denn die Genehmigung eines Kaufes von Holz auf dem Stamme ist nach § 3 Ziffer 3 BRVO. zu versagen, sofern er in Ausführung einer unwirtschaftlichen Zerschlagung des forstwirtschaftlichen Grundstücks erfolgt[1]). Mithin ist die Ursächlichkeit der Täuschung für die Erteilung der Genehmigung zu bejahen. Aus der Befürchtung des Käufers, daß der Landrat die Genehmigung versagen könnte, folgt sein dolus, mit anderen Worten das Bewußtsein der Täuschung sowie der Ursächlichkeit der Täuschung für die Entscheidung der Behörde und schließlich das Bewußtsein einer wenigstens möglichen Schädigung des Gegners in der Person des Käufers.

Mithin ergeben sich folgende gesetzliche Tatbestandsmerkmale der Erschleichung[2]): Das Vorliegen einer Täuschung, ferner ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Täuschung und der materiell unrichtigen Entscheidung und schließlich das Bewußtsein einer wenigstens möglichen Schädigung bei dem Täuschenden.

§ 6. Die Erschleichung der Genehmigung in ihrer Wirkung nach der öffentlich-rechtlichen Seite.

Die Nichtigkeit der erteilten Genehmigung wegen Erschleichung ist abzulehnen. Ein Verwaltungsakt ist nur dann nichtig[3]), „wenn die Stelle, von der er ausging, keine Behörde ist oder Maßregeln dieser Art überhaupt nicht im Bereiche ihrer Zuständigkeit liegen". Beides kann man von der Verwaltungsbehörde im Falle vorliegender

[1]) Siehe hierzu außerdem Pr. Verfügung betr. Grundsätze für die Ausführung der Bekanntmachung vom 27. März 1918 in ihren Bem. zu § 3 Ziffer 3 in Schlegelberger, Kriegsbuch Bd. 8 S. 131 ff: „Unwirtschaftlich ist die Zerschlagung des Grundstücks, wenn Rücksichten der Landeskultur, hier der Forstkultur, gröblich verletzt werden.

[2]) Neuhäuser a. a. O. S. 7 ff.

[3]) Otto Mayer, Verw.-Recht § 9 S. 95.

Genehmigung nach der BRVO. nicht sagen. Dieser Begriff der Nichtigkeit rechtsgeschäftlicher Verwaltungsakte findet seine Stütze in der Lehre vom Vertrauensschutz,[1]). Ebenso wie die privatrechtlichen Willenserklärungen einer Partei trotz gewisser Willensmängel wegen der im BGB. herrschenden Verkehrstheorie (Erklärungstheorie) zunächst voll wirksam sind, so genießen auch die rechtsgeschäftlichen Verwaltungsakte, eben weil sie von einer Behörde ausgehen, erhöhten Vertrauensschutz. Nur wenn sie den Mißbrauch der Organisationsgewalt auf der Stirn tragen, sind sie von vornherein nichtig[2]). Diese im Schrifttum allgemein vertretene Lehre ist im Interesse der Rechts- und Verkehrssicherheit und als mit den Grundsätzen unseres Rechts vereinbar durchaus zu billigen. Die Folge davon ist dann, daß Verwaltungsakte grundsätzlich so lange rechtsverbindlich sind, bis sie wieder aufgehoben sind[3]). Dieser Grundsatz gilt nicht nur für die Verwaltungsbehörden, sondern auch für die Rechtsprechung. Trotzdem bedarf die Frage des Widerrufs und der Anfechtung der erschlichenen Genehmigung einer Nachprüfung, um festzustellen, ob mit einer Aufhebung der erteilten Genehmigung gerechnet werden muß.

Gegen die Möglichkeit des Widerrufs der Genehmigung durch den Landrat wegen Erschleichung spricht der Umstand, daß Rechtsmittel, und zwar die Beschwerde, nur in den Fällen der Versagung und der Erteilung der Genehmigung unter einer Auflage gegeben sind, nicht aber im Falle der Erteilung der Genehmigung (§ 5 BRVO.). Es ist mithin anzunehmen, daß die Entscheidung in einem solchen Falle endgültig und ein Widerruf oder eine Aufhebung der Genehmigung unzulässig sind. Diese Ansicht findet auch für den Fall dieser Genehmigung nach der BRVO. in dem Gedanken der Rechtssicherheit ihre Stütze. Es wäre sonst eine unerträgliche Rechtsunsicherheit, könnte die Verwaltungsbehörde infolge einer Sinnesänderung ihre Genehmigung zurücknehmen[4]). Anderer Ansicht ist Schanz[5]). Er hält die erschlichene Genehmigung für widerruflich, jedoch ohne eigentliche Begründung. Die Gleichsetzung der erschlichenen Genehmigung mit der nicht erteilten bei Schanz ist unzulässig, wie sich aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes ergibt. Die obige Ansicht ist auch mit den Lehren des Verwaltungsrechts voll vereinbar. Danach ist der Widerruf bei konstitutiven Verfügungen unzulässig[6]). Der Verwaltungsakt vorliegender Genehmigung ist eine konstitutive Verfügung, da er dem Kaufvertrag Wirk-

[1]) Hatschek a. a. O. § 16 I.
[2]) Hatschek a. a. O. § 16 I.
[3]) Hatschek a. a. O. S. 10; Otto Mayer, § 9 I,2 S. 95.
[4]) RGE. Bd. 103 S. 104 ff.
[5]) Zeitschr. f. d. freiw. Gerichtsbarkeit in Bayern Bd. 21 Jahrg. 20 S. 18.
[6]) Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte S. 343. Ebenso Neuhäuser a. a. O. S. 21.

samkeit verleiht und so zwischen Käufer und Verkäufer Rechte und Pflichten schafft. Ein Widerruf ist ferner als unzulässig abzulehnen, da er eine ungeheure Rechtsverwirrung hervorrufen würde.

Einer Anfechtung, deren Subjekt[1]) nur die Behörde selbst sein kann, so daß die Selbstanfechtung seitens der Behörde in Frage käme, stehen mannigfache Schwierigkeiten entgegen. Einmal ist die erschlichene Genehmigung unwiderruflich und sodann kennt das Verwaltungsrecht keine allgemeinen Regeln für eine Anfechtung wegen Erschleichung eines Verwaltungsaktes. Diese Bedenken hat m. E. Neuhäuser, der für ein allgemeines Anfechtungsrecht im Falle der Erschleichung eintritt, nicht überwunden. Er stützt dieses Anfechtungsrecht einmal auf § 126 LVG.[2]), den er verallgemeinert, was m. E. unzulässig ist, da es sich um eine Spezialnorm handelt. Sodann stützt er sich in Übereinstimmung mit Kormann[3]) auf den Satz[4]) „im Zweifel ist jeder Verwaltungsakt wegen jeder materiellen Gesetzwidrigkeit anfechtbar". Die materielle Gesetzwidrigkeit der erschlichenen Genehmigung soll hier darin bestehen, daß sie entgegen § 3 Z. 3 BRVO. erteilt ist. Neuhäuser übersieht dabei, daß das Anfechtungsrecht ebenso im Falle der Täuschung wie im Falle der Irrtumsanfechtung einer Einschränkung bedarf, nämlich, daß es sich um Verletzung zwingender öffentlich-rechtlicher Normen handeln muß. Sonst kann ja gar keine Gesetzwidrigkeit vorliegen. Kormann[5]) spricht dies für die Fälle der Irrtumsanfechtung aus, und es muß m. E. dasselbe in den Fällen der Täuschungsanfechtung gelten. Die Vorschrift des § 3 Z. 3 BRVO. ist aber nur eine Sollvorschrift, wie aus der Fassung hervorgeht: „Die Genehmigung darf versagt werden." Auch das OVG.[6]) hat sich ausdrücklich gegen das Bestehen der öffentlich-rechtlichen exceptio sub-et obreptionis (Einrede der Erschleichung) ausgesprochen. Die weitere eingehende Beweisführung Neuhäusers an Hand von zahlreichen Einzelfällen kann m. E. nicht widerlegen, daß es kein allgemeines System der Anfechtung wegen Erschleichung im Verwaltungsrechte gibt. Unser Verwaltungsrecht ist eben rein kasuistisch mangels einer Einheitsgesetzgebung[7]). Es kennt daher kein allgemeines Anfechtungsrecht wegen Erschleichung. Aus der Sonderbestimmung von § 5 BRVO., die nach obigen Ausführungen freiem Widerruf entgegensteht, folgt vielmehr die Unzulässigkeit der Anfechtung bei vorliegender Genehmigung. Selbst wenn man mit Neuhäuser ein allgemeines Anfechtungsrecht anerkennt, folgt doch die

---

[1]) Neuhäuser a. a. O. S. 94 § 35, II.
[2]) Neuhäuser S. 28.
[3]) Kormann a. a. O. S. 388.
[4]) Neuhäuser a. a. O. S. 27.
[5]) Kormann a. a. O. S. 377.
[6]) OVG. Bd. 13 S. 419.
[7]) Das Allgem. Verwaltungsrecht ist nur ein Wunsch de lege ferenda.

Unzulässigkeit der Anfechtung für den Fall des Kaufes von Holz auf dem Stamme, wie unser Beispiel lehrt, aus der Tatsache, daß die Behörde nicht unbedingt auf die Aussagen des Käufers bei Erteilung der Genehmigung angewiesen war[1]). Die Behörde hatte die Pflicht, die Sachlage eingehend zu prüfen. Sie hatte sich bei ihrer Entscheidung über Erteilung der Genehmigung in unserem Beispiel nicht nur auf die Angaben der einen Partei des Käufers zu beschränken, sondern mußte auch den Verkäufer hören und im Bedarfsfalle von Amts wegen Ermittelungen anstellen gemäß Bemerkungen zu § 3 der BRVO. in der Preußischen Verfügung vom 27. März 1918. Der Käufer brauchte in diesem Falle, wo die Behörde nicht auf seine Angaben lediglich angewiesen war, ihm ungünstige Umstände von sich aus nicht angeben. Die Behörde hat die unrichtige Entscheidung durch die Nichtbefragung des Verkäufers verschuldet und kann nicht anfechten.

Mithin ist die Genehmigung weder nichtig noch widerruflich noch anfechtbar, sondern voll wirksam. Die Einwendung der Erschleichung der Genehmigung greift somit in öffentlich-rechtlicher Beziehung nicht durch.

§ 7. Die Erschleichung der Genehmigung in ihrer Wirkung nach der privatrechtlichen Seite.

Würdigt man die Tatsache der Erschleichung der Genehmigung in privatrechtlicher Hinsicht, so fragt es sich, ob dieser Umstand einredeweise im Wege der exceptio doli des Privatrechts der Gültigkeit des obligatorischen Vertrages entgegengesetzt werden kann. Das Vorhandensein der privatrechtlichen exceptio doli ist unbestritten; nur über ihre gesetzlichen Grundlagen ist man sich nicht einig. Bald wird sie mit den allgemeinen Grundsätzen des BGB. aus den §§ 133, 157, 226, 242 BGB.[2]) begründet, bald[3]) aus § 826 BGB. Letzteres ist m. E. berechtigt, da dort die Voraussetzungen der exceptio sozusagen gesetzlich ausgesprochen sind. Die Voraussetzungen des § 826 BGB. sind: Eine Handlungsweise, die gegen die guten Sitten verstößt, ferner Schadenszufügung und das Bewußtsein der Schädigung. An dem Vorliegen dieser tatsächlichen Voraussetzungen besteht bei Erschleichung der Genehmigung kein Zweifel; denn die tatsächlichen Voraussetzungen der exceptio doli des Privatrechts sind dieselben wie die der exceptio doli des öffentlichen Rechts. Da jedoch die Genehmigung nach obigen Ausführungen als Verwaltungsakt, selbst wenn sie gesetzwidrig ist, bis zu ihrer Aufhebung

[1]) Neuhäuser § 23 S. 41.

[2]) Soergel, Bem. z. § 123,3 exceptio doli generalis.

[3]) Planck II § 826 Z. 2 ff.

rechtswirksam ist[1]), mithin rechtskraftähnliche Wirkung hat, so fragt es sich, ob die Rechtskraftwirkung der Genehmigung der exceptio doli entgegensteht. Diese Bedenken sind m. E. nicht zu teilen; denn die exceptio selbst berührt die Rechtskraft nicht, sondern wendet sich nur dagegen, daß jemand von einer Entscheidung, die durch Erschleichung gegen die guten Sitten erlangt ist, Gebrauch macht. Dieselbe Ansicht haben Rechtsprechung und Schrifttum für rechtskräftige gerichtliche Urteile, deren Rechtskraft erschlichen ist, und für gerichtliche Verfügungen wiederholt ausgesprochen[2]), und dasselbe kann man an sich auch für rechtswirksame Verwaltungsakte sagen. Trotzdem halte ich eine Anwendung der exceptio doli des Privatrechts auf vorliegenden erschlichenen Verwaltungsakt auf Grund eines anderen Bedenkens für ausgeschlossen. „Die Organe der Rechtspflege dürfen nicht ordnen, was den Organen der Verwaltung vorbehalten ist." Dieser Grundsatz beruht auf der Lehre von der Gewaltenteilung, wie sie von Aristoteles und für die Neuzeit von Montesquieu[3]) begründet wurde. Diese Lehre hat auch als Grundlage jedes Rechtsstaats ihren Niederschlag in der Reichsverfassung gefunden, die nach den Überschriften des 5. bis 7. Abschnitts die Staatstätigkeit scheidet in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtspflege. Es hieße gegen die Grundpfeiler unseres Rechtsstaates verstoßen, wollte man es den Gerichten überlassen, vorliegende Akte der gesetzmäßigen Verwaltung nicht nur hinsichtlich ihrer formellen Voraussetzungen, sondern auch hinsichtlich ihres Inhalts nachzuprüfen. Eine Anwendung der exceptio doli des Privatrechts auf vorliegende Erschleichung der verwaltungsbehördlichen Genehmigung dürfte aber unbedingt zu einer inhaltlichen Nachprüfung des Verwaltungsaktes führen. Diese ist unzulässig. Vielmehr muß das Gericht jeden Verwaltungsakt beachten, sofern er nicht nichtig ist. Derselben Ansicht sind auch Neuhäuser[4]), Jellinek[5]) und Hatschek[6]). Auch das RG. hat sich in neuerer Zeit nicht dagegen ausgesprochen. Mithin rechtfertigt die Erschleichung der Genehmigung in keiner Weise die Anwendung der privatrechtlichen exceptio doli. Die Genehmigung ist, da sie einmal erteilt ist, voll wirksam. Demgemäß ist auch der Kaufvertrag von Holz auf dem Stamme, da er genehmigt ist, wirksam.

---

[1]) Im vorliegenden Falle ist freilich, wie oben nachgewiesen, an eine Aufhebung nicht zu denken.

[2]) RG.-Entsch. Bd. 75 S. 214, RGE. Bd. 78 S. 392; Dernburg DJ.-Ztg. 1905 S. 465; Enneccerus I, 2 § 453, IIIb Anm. 15. Anderer Ansicht: Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit S. 78; Pagenstecher, Lehre von der materiellen Rechtskraft S. 396.

[3]) Helfritz, Allgem. Staatslehre S. 41.

[4]) Neuhäuser a. a. O. S. 90 Ziffer d.

[5]) Jellinek, Fehlerhafte Staatsakt, S. 110.

[6]) Hatschek S. 10.—

2. Abschnitt: Die Erfüllung des obligatorischen Vertrages.

§ 8. Die Vertragserfüllung im allgemeinen.

Nach Erledigung der Fragen, die sich an den Abschluß des Kaufvertrages von Holz auf dem Stamme anknüpfen, soll die Frage seiner Erfüllung behandelt werden, um später im 3. Abschnitt das Schicksal der Vertragserfüllung im Konkurse des Verkäufers zu erörtern.

Die Erfüllung des Kaufvertrages, die nach obigen Ausführungen in der Regel nicht auf einmal, sondern nur in Teilleistungen im Wege des Sukzessivlieferungvertrages erfolgt, besteht darin, daß der Käufer den Forst Morgen für Morgen einschlägt und verwertet, während der Verkäufer seinerseits den Eigentumserwerb gestattet und die Gegenleistung in Teilleistungen je nach der Menge des eingeschlagenen Holzes erhält.

Der Eigentumserwerb des Käufers kann sich im Gegensatz zum Eigentumserwerb des Verkäufers am Kaufpreise nicht nach den allgemeinen Vorschriften des § 929 BGB. für den Eigentumserwerb vollziehen; denn die Bäume sind Erzeugnisse des Grundstücks, sodaß Sonderbestimmungen gelten. Der Eigentumserwerb des Käufers kann sich nur nach § 956 BGB. vollziehen. Danach sind zum Eigentumserwerbe erforderlich: Gestattung und ferner, falls der Besitz der Sache überlassen ist, Trennung, anderenfalls Besitzergreifung der Erzeugnisse.

§ 9. Der Eigentumserwerb durch Trennung.

Was zunächst den ersten Fall, den Eigentumserwerb durch Trennung, anlangt, so ist eine Gestattung als vorliegend zu erachten. Sie ist in der Kaufvertragserklärung des Verkäufers enthalten, ohne daß sie jedoch mit der obligatorischen Vertragserklärung des Verkäufers zu derselbigen ist[1]). Diese Gestattung ist rechtsgültig, da sie auf einem rechtsbeständigen Kaufvertrage beruht und von einem zur Gestattung Berechtigten, in der Regel dem sonst fruchtziehungsberechtigten Grundstückseigentümer[2]) als Verkäufer ausgeht. Was das weitere Erfordernis, den Besitz der Muttersache, anlangt, so ist

[1]) Planck BGB. III § 956 II a α derselben Ansicht.

[2]) Es kann jedoch auch der Nichteigentümer Verkäufer sein. In diesem Falle sind nach § 956 Abs. 2 BGB. der dinglich Nutzungsberechtigte und der Nutz- und Eigenbesitzer ebenso wie der Eigentümer gestattungsberechtigt, so daß der Käufer von ihnen nach § 956 BGB. Eigentum erwirbt. Aber auch der Nichteigentümer, der nicht im Sinne der §§ 953—955 gestattungsberechtigt ist, kann nach § 957 BGB. Eigentum an den Erzeugnissen übertragen, sofern nur der andere Teil gutgläubig ist; und zwar finden auch hier die Vorschriften des § 956 Anwendung.

nicht anzunehmen, daß er beim Kaufe von Holz auf dem Stamme eingeräumt wird. Das Recht des Käufers braucht sich nur darauf zu erstrecken, die Bäume auf dem Stamme einzuschlagen und für sich zu verwerten; hierzu bedarf es nicht des Besitzes des Grundstücks. Der Besitz des Grundstücks in den Händen des Käufers würde sogar den Interessen des Verkäufers widersprechen, da vielfach der Verkäufer als Grundstückseigentümer nach Einschlag eine Aufforstung unternimmt, die ihm unmöglich ist, sofern der Forst im Besitze des Käufers ist. M. E. hat der Käufer, der den Forst in Ausübung eines obligatorischen Fruchtziehungsrechts betritt, keine andere Rechtsstellung als derjenige, der den Forst betritt, um dort zu lustwandeln. Es kann in diesem Falle von der Erlangung tatsächlicher Gewalt im Sinne des § 854 Abs. 1 BGB. keine Rede sein.

Nach verbreiteter Ansicht im Schrifttum[1]) steht der Besitz an den stehenden Bäumen dem Besitz des Grundstücks gleich, so daß auch in diesem Falle der Eigentumserwerb nach § 956 BGB. durch die Trennung erfolgt. Bei Beantwortung dieser Streitfrage fragt es sich, ob es einen Sonderbesitz an ungetrennten Bestandteilen gibt. Sieht man den Besitz als dingliches Recht an, so entfällt ein Sonderbesitz an stehenden Bäumen; denn diese können als wesentliche Bestandteile nach § 94 BGB. nicht Gegenstand dinglicher Rechte sein. Nach den Ausführungen auf Seite 2 ist jedoch der Besitz ein tatsächliches Verhältnis, so daß diese Erwägungen hinfällig sind. Daß keine tatsächliche Unmöglichkeit für einen Sonderbesitz vorliegt, haben Salier[2]) und andere an praktischen Beispielen nachgewiesen. So besteht „bei Bäumen mit so ausgedehntem Geäst, daß darauf Tanzböden aufgeführt werden", die Möglichkeit einer Ausübung tatsächlicher Gewalt und demgemäß des Sonderbesitzes. Dasselbe kann man von Bäumen sagen, die dem Jäger auf fremden Grundstücke als Hochsitz für den Anstand dienen. Was die rechtliche Möglichkeit des Sonderbesitzes anlangt, so ist sie von der Auslegung des § 865 BGB. abhängig. Sind m. a. W. stehende Bäume in ihrer Eigenschaft als wesentliche Bestandteile Teile einer Sache im Sinne des § 865 BGB.? Planck[3]) und mit ihm Rosenberg[4]) lehnen dies als nicht mit der Verkehrsauffassung vereinbar ab. Sie werden jedoch m. E. durch die praktischen Beispiele von Salier widerlegt. Es fragt sich, ob die Erwähnung von „Wohnräumen und anderen Räumen" eine erschöpfende Aufzählung der Teile einer Sache sein soll, die nach § 865 BGB. Gegenstand des Sonderbesitzes sind. Dies möchte ich

[1]) Enneccerus II, 1 § 77 IV 1a; Salier, Diss. S. 14; Haenisch, Diss. S. 11; Wiedemann, Diss. S. 15; Sellner, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1 Jahrg. Nr. 113.

[2]) Salier, Diss. S. 21; Sellner S. 113; Haenisch S. 10.

[3]) Planck, Sachenrecht § 865, Z. 1.

[4]) Rosenberg, Sachenrecht § 865, II, 2.

ablehnen. Vorliegende Aufzählung ist nicht erschöpfend, sondern gibt nur Beispiele an[1]); dies geht aus der Einfügung des Wortes „insbesondere" hervor. Demnach komme ich mit Biermann[2]) dazu, die Möglichkeit eines Sonderbesitzes an stehenden Bäumen zu bejahen. Es fragt sich jedoch, ob und auf welche Weise der Käufer diesen Sonderbesitz an den ungetrennten Bäumen erwerben kann. Nach der einen Ansicht, wie sie von Haenisch[3]), Wiedemann[4]) und Sellner[5]) vertreten wird, genügt zur Erlangung des Sonderbesitzes lediglich die schlichte Einigung des § 854 Abs. 2 BGB. Letztere schlichte Einigung wäre alsdann in den Vertragserklärungen des Kaufvertrages enthalten, vorausgesetzt, daß der Erwerber des Besitzes in der Lage ist, die Gewalt über die Sache im Sinne von § 854 Abs. 2 BGB. auszuüben. Hierzu dürfte der Käufer regelmäßig im Stande sein; denn er kann jederzeit seine Fuhrleute in den Forst schicken, um die Bäume einzuschlagen und zu verwerten. Daß ein Besitz an Gegenständen möglich ist, die ich nicht in meiner handhaften Gewalt habe, ist unbestritten. Ich erinnere hier nur an die altbekannten Beispiele: Der Pflug, der frei auf dem Acker steht u. a.

Nach der anderen Ansicht[6]) ist es erforderlich, daß die Bäume signiert sind oder sonst das tatsächliche Besitzverhältnis nach außen hervortritt, während Wiedemann den Anschlag mit dem Forsthammer nur als Beweismittel ansieht, Meyer-Edward[7]) lehnt den Erwerb im Falle des Besitzes der Erzeugnisse durch Trennung deshalb ab, weil er nicht im § 956 BGB. erwähnt ist. Dieser Grund kann nicht stichhaltig sein; denn der Gesetzgeber kann unmöglich alle Fälle berücksichtigen. Was die erstere von Haenisch und anderen vertretene Möglichkeit des Besitzerwerbes anlangt, so ist sie insofern für den Käufer sehr vorteilhaft, als dies der einzige Fall ist, wo der Käufer den Besitz sofort durch die Einigung des § 854 Abs. II BGB. erwirbt. Ich lehne jedoch die Annahme ab, daß im Falle eines Verkaufs von Holz auf dem Stamme Verkäufer und Käufer jeweils eine schlichte stillschweigende Besitzeinigung, die rechtlich zwar möglich ist, abschließen; denn der Verkäufer hat zumeist gerade daran ein Interesse, daß der Käufer nicht schon infolge des Besitzes der ungetrennten Erzeugnisse mit der Trennung Eigentum erwirbt und so wie ein dinglich Fruchtziehungsberechtigter dasteht, der stets mit der Trennung erwirbt. Es ist m. E. durchaus eine Verkennung

---

[1]) Haenisch S. 12.
[2]) Biermann, Sachenrecht § 865 Z. 2
[3]) Haenisch S. 9.
[4]) Wiedemann S. 21/22.
[5]) Sellner S. 113.
[6]) Enneccerus II, 1 § 77 IV, Ia; Biermann, Sachenrecht § 956 Z. 2; Bullermann, Diss. S. 55; Salier S. 17; Landsberg S. 11.
[7]) Meyer-Edward Diss. S. 36.

des Parteiwillens, wenn man dazu gelangt, daß der Käufer Besitzer der stehenden Bäume wird infolge einer im Kaufvertrag liegenden Besitzeinigung.

Mithin bleibt nur noch die von Enneccerus u. a. vertretene Möglichkeit des Besitzerwerbs nach § 854 Absatz I BGB., daß nämlich der Käufer durch Signieren der stehenden Bäume, durch Bestellung von Wächtern oder dergleichen vor der Trennung Besitz an den Bäumen erworben hat und darauf Eigentum durch die Trennung erwirbt. Hierbei darf nicht verkannt werden, daß es praktisch selten geschieht, daß die Bäume vor dem Fällen, also der Trennung, signiert oder gar Wächter bestellt werden. Immerhin ist ein Eigentumserwerb des Käufers durch Trennung, d. h. durch das Fällen der Bäume denkbar, sofern nämlich der Käufer vor der Trennung nach § 854 Abs. I BGB. den Besitz an den ungetrennten Bäumen durch Signieren usw. erlangt hat.

§ 10. Der Eigentumserwerb durch Besitzergreifung.

In Regelfalle wird jedoch der Käufer, dem zumeist der Besitz an den ungetrennten Erzeugnissen nicht zusteht, nicht schon durch das Fällen der Bäume, also durch Trennung, sondern erst durch nachfolgende Besitzergreifung nach § 956 BGB. Eigentum erwerben. Voraussetzung des Eigentumserwerbs ist auch hier eine rechtsgültige Gestattung, die nach obigen Ausführungen in der obligatorischen Vertragserklärung des Verkäufers enthalten ist. Die Besitzergreifung selbst geschieht meistens nicht durch den Käufer selbst, sondern durch seine Leute, die in diesem Falle als seine Besitzdiener nach § 855 BGB. die tatsächliche Gewalt „in einem ähnlichen Verhältnis" ausüben. Als Besitzergreifungshandlung gilt nach Meyer-Edward [1]) bei gefällten Bäumen Behauen, Entrinden, Entästen, Verladen, Abfahren u. a.; denn in allen diesen Handlungen liegt eine Ausübung tatsächlicher Gewalt, durch die man nach § 854 Abs. I S. 1 BGB. den Besitz erlangt; und zwar wird vielfach dem Fällen der Bäume jeweils die Besitzergreifungshandlung, mindestens durch ein Entästen, unmittelbar nachfolgen, so daß die später erfolgende Abfuhr nicht mehr den für den Eigentumserwerb erheblichen Zeitpunkt bedeutet.

§ 11. Die Rechtsnatur des Eigentumserwerbs.

Was obigen Eigentumserwerb nach § 956 BGB. anlangt, so ist er in seiner Rechtsnatur bestritten und bedarf der Erörterung, zumal davon die Frage der Zulässigkeit des Widerrufs der Gestattung durch den Verkäufer abhängig ist.

[1]) Meyer-Edward S. 40.

Die Gestattung bildet die Grundlage des Eigentumserwerbs. Letzteres ist unbestritten. Bezüglich der sonstigen Natur der Gestattung ist man sich nicht einig. Die Gestattung wird bald als die eine Seite einer dinglichen Einigung, bald als einseitiges Verfügungsgeschäft angesehen. Die Entscheidung dieser Streitfrage hängt davon ab, ob man den Eigentumserwerb nach § 956 BGB. als derivativen oder originären auffaßt.

Die Vertreter eines derivativen Erwerbs des Eigentums [1]) sehen demgemäß in der Gestattung eine Traditionsofferte. Diese Traditionsofferte ist in der obligatorischen Kaufvertragserklärung des Verkäufers enthalten und die eine Seite einer Einigung; der Eigentumserwerb nach § 956 BGB. wäre demnach nur ein Spezialfall des § 929 BGB. mit dem Unterschiede, daß es sich im Falle des § 956 um die Übereignung erst künftig beweglicher Sachen handelt. Einer Einigung steht der Umstand nicht entgegen, daß es sich erst um künftig bewegliche Sachen handelt [2]); denn durch die bloße Einigung ohne Besitzübertragung wird ja noch kein Eigentum erworben. Voraussetzung des Eigentumserwerbs wird es freilich sein, daß die Einigung bis zur Zeit des Eigentumserwerbs fortdauert. Letzteres Erfordernis ergibt sich aus der Rechtsnatur der Einigung. Diese ist zwar ein Vertrag, da sie die absichtliche Vereinigung der Willenserklärungen zweier Parteien zur Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges, der Eigentumsübertragung, ist. Sie untersteht jedoch nicht den allgemeinen Regeln des Vertrages, insbesondere nicht der des § 145 BGB. Die Einigung hat zwar auch eine gewisse Geltung, aber doch nicht die, daß eine dingliche Bindung [3]) durch bloße Einigung eintrete und die Einigung unwiderruflich wäre. Dies ergibt sich einmal aus der abstrakten Natur der Einigung als Verfügungsgeschäft, das jeder dinglichen Bindung abhold ist. Ferner besagt § 873 Abs. II BGB., daß eine dingliche Bindung durch Einigung nur ausnahmsweise unter Hinzutreten gewisser Voraussetzungen eintritt. Danach müssen einerseits die Parteien bis zum Zeitpunkt endgültigen Eigentumserwerbs einig sein und bleiben. Anderseits ist aber die Traditionsofferte des Verkäufers wie jede andere Einigungserklärung frei widerruflich. Eine Ausnahme hiervon bildet kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift der Fall des § 956 Abs. I S. 2 BGB. Danach ist der Widerruf der Gestattung ausgeschlossen, sofern sich der Erwerber im Besitz der Mutterſache oder der ungetrennten Erzeugnisse befindet. Letztere Vorschrift erklärt sich m. E. als eine vom Gesetz

[1]) Staudinger § 956 II, 6; Planck § 956, IV; Biermann § 956 IV; Meyer-Edward S. 42; Salier S. 36; Wiedemann S. 27; Haenisch S. 27.

[2]) Staudinger § 956 Ziffer 6aβ.

[3]) Daß durch die bloße Einigung keine dingliche Bindung eintritt, zeigt auch § 929 BGB., wonach Einigung und Übergabe zur Eigentumsübertragung erforderlich sind.

gewollte Besserstellung des obligatorisch Fruchtberechtigten, der sich im Besitz der Muttersache befindet. Diese Begünstigung des Besitzers ist dem BGB. durchaus nicht fremd; ich erinnere nur an die Besitzvermutung aus § 1006 BGB., die Klage aus früherem Besitz usw.

Mit dem Nachweise der grundsätzlichen Widerruflichkeit der Traditionsofferte dürfte die Lehre Gierkes[1]) widerlegt sein. Nach letzterem begründet die Gestattung ein persönliches Aneignungsrecht an fremder Sache. Der Eigentumserwerb erfolgt durch hinzutretende Besitzergreifung. Da jedoch Gierke in der Gestattung ein persönliches Aneignungsrecht sieht, so muß er notwendig zur Unwiderruflichkeit der Gestattung überhaupt gelangen. Dieses Ergebnis ist weder mit dem Sinne des § 956 noch mit der Natur der Gestattung als Traditionsofferte vereinbar. Denselben Fehler begeht Blume[2]), der auf Grund mißverständlicher Quellen des römischen Rechts zur Lehre von der Unwiderruflichkeit „der Permanenz des Konsenses", d. h. der Einigung, gelangt. Dieser Lehre ist nach obigen Darlegungen nicht beizutreten.

Was die Annahme der Traditionsofferte anlangt, so sind nach § 956 BGB. zwei Fälle zu unterscheiden, die nach obigen Ausführungen beide beim Kaufe von Holz auf dem Stamme praktisch werden:

Fall 1: Der Erwerber hat den Besitz an der Muttersache oder den ungetrennten Erzeugnissen.

Fall 2: Der Erwerber hat den Besitz derselben nicht.

Die einen[3]) sehen die Annahme der Traditionsofferte, mithin die Einigung, in beiden Fällen sofort mit dem Zustandekommen des Kaufvertrages vollzogen. Diese Ansicht findet ihre Rechtfertigung darin, daß eine Einigung über künftig bewegliche Sachen, wie oben S. 18 nachgewiesen, möglich ist. Wenn behauptet wird[4]), „daß die Verlegung der Einigung in den Kaufvertrag nicht mit dem Widerrufsrecht im Fall 2 harmoniere," so ist dieses Bedenken hinfällig, da nach obigen Ausführungen auf S. 18 die bloße Einigung einseitig widerruflich ist. Beide Fälle sind[5]) einer brevi manu traditio sehr angenähert. Jedoch nur Fall 1, wo der Erwerber bereits im Besitz der Muttersache oder der Erzeugnisse ist, stimmt mit § 929 Abs. I Satz 2 BGB. überein. Gleichwohl kann ein Eigentumserwerb noch nicht eintreten; die ungetrennten Bestandteile können nicht Gegenstand des Eigentumserwerbs wegen der §§ 93, 94 BGB. sein. Erst mit der Trennung auf Grund der Gestattung, die im

[1]) Gierke § 137 II, 4 Anm. 35; ähnlich wie Gierke, Bullermann, Diss.
[2]) Blume, Jherings Jahrb., Bd. 39 S. 452.
[3]) Haenisch S. 17/18; Mayer-Edward S. 31/42; Wiedemann S. 30, 32.
[4]) Staudinger § 956, 6a α.
[5]) Vgl. Wiedemann, Diss. S. 32.

Falle 1 nach § 956 Abs. I Satz 2 unwiderruflich ist, tritt ipso iure Besitz an selbständigen Sachen ein und wird infolgedessen der Eigentumserwerb mit der Trennung vollendet. Voraussetzung ist allerdings, daß der bei der in diesem Falle unbrechbarer Einigung bestehende Besitz fortgedauert hat bis zur Trennung. Dies ergibt die Vorschrift des § 956 Abs. I Satz 2. In dem zweiten Falle, wo nach obigen Ausführungen die Annahme der Traditionsofferte, das heißt die Vollendung der Einigung, ebenfalls mit dem Abschluß des Kaufvertrages parallel läuft, kommt nur eine Einigung nach § 929 Abs. I Satz 1 BGB. in Frage, da der Käufer keinen Besitz an der Muttersache oder den ungetrennten Erzeugnissen hat. Eine Besitzübertragung kann in diesem Falle nur durch Besitzergreifung erfolgen, nicht durch Trennung, da ja der Käufer erst den Besitz erlangen muß. Mit der Besitzergreifung ist dann die körperliche Übergabe nach § 929 Abs. I Satz 1 BGB. geschehen und so der Eigentumserwerb vollendet. Voraussetzung ist es natürlich, daß in diesem Augenblick die Einigung noch andauert, die im Falle 2 nach obiger Darlegung mangels besonderer Vorschrift widerruflich ist. Ein Fortbestehen der bei Kaufabschluß erfolgten Einigung bis zur Trennung aber darf man im Falle 1 annehmen, sofern der Erwerber im Besitze der Sache geblieben ist, da dann die Einigung kraft positiver Ausnahmevorschrift unwiderruflich ist. Im Falle 2 aber ist das Fortbestehen der Einigung anzunehmen, sofern kein Widerruf erfolgt ist. Daß bei der Trennung oder Besitzergreifung der besondere Wille bestehen muß, die Einigungserklärung des Verkäufers, die Gestattung, anzunehmen, muß schlechterdings entfallen, da die Einigungserklärung bereits früher vollzogen ist und es sich nur noch um die Erlangung des Besitzes handelt. Die Mehrzahl der Schriftsteller[1]), die für derivativen Erwerb eintreten, sehen freilich die Annahme der Traditionsofferte, mithin die Einigung, erst als vollendet an, wenn der Käufer den Besitz der überlassenen Sache bis zur Trennung fortgesetzt hat oder im zweiten Falle Besitz ergreift. Die Ablehnung einer vorgängigen Einigung begründen sie mit einer sonst entstehenden Disharmonie mit dem Widerrufsrecht, wie oben nachgewiesen, jedoch zu Unrecht. Sie müssen dann notwendig dazu kommen, daß der Erwerber bei der Trennung und Besitzergreifung den ausdrücklichen Willen zur Annahme der Traditionsofferte haben muß. Ein solcher Wille dürfte aber in den wenigsten Fällen mit Trennung und Besitzergreifung, rein tatsächlichen Akten, verbunden sein[2]). Diese Bedenken veranlassen auch die Vertreter des originären Erwerbs, u. a. Wolff[3]), gegen die Annahme eines derivativen Erwerbs Stellung

[1]) Staudinger § 956 II 6; Planck § 956 3. 4; Biermann § 956, 4.
[2]) Haenisch, S. 23 oben.
[3]) Wolff, Sachenrecht § 77 IV Anm. 26.

zu nehmen. Diese Bedenken bestehen m. E. bei Annahme einer sofortigen Vollendung der Einigung im Augenblicke des Abschlusses des Kausalgeschäftes nicht, was nach obigen Ausführungen möglich ist. Denn dann bedarf es im Augenblicke der Trennung oder Besitzergreifung eines besonderen Einigungswillens nicht. Es ist vielmehr anzunehmen, daß derselbe, falls kein Widerruf erfolgt ist, noch besteht. Mithin komme ich zur Annahme eines derivativen Eigentumserwerbs mit der Abweichung von der herrschenden Meinung, daß die Einigung bereits im Abschluß des Kaufvertrages enthalten ist.

Was die Theorien des originären Eigentumserwerbs anlangt, so widersprechen sie der Natur des § 956 BGB. als Sonderfall des § 929 BGB. Außerdem stehen der Annahme eines originären Eigentumserwerbs die Motive zum BGB. III 367 ff. entgegen.

Die Konstruktion eines besonderen Gestattungsvertrages[1]) ist überflüssig, da sich nach § 956 BGB. die Gestattung als Traditionsofferte ansehen läßt.

§ 12. Der Widerruf der Gestattung und seine Folgen.

Was den Widerruf der Gestattung anlangt, so soll von unserem früheren Beispiel auf Seite 8 ausgegangen werden, wo der Verkäufer dem Käufer unter nichtigem Vorwande den weiteren Einschlag und die weitere Abfuhr verbietet, nachdem der Käufer bereits 60 Morgen Holz hat schlagen und 40 Morgen auch abfahren lassen. Dieses Verbot ist, dinglich betrachtet, ein Widerruf der Gestattung. Dieser Widerruf ist, sofern der Käufer infolge Signierung Besitz an den stehenden Bäumen gehabt und demzufolge bereits durch Trennung Eigentum erworben hat, nach der positiven Vorschrift von § 956 Abs. 1 Satz 2 rechtlich unmöglich; denn in diesem Falle ist die Gestattung unwiderruflich, sodaß der Käufer im Falle weiteren Einschlags trotz des Widerrufs des Verkäufers Eigentum erwirbt.

Steht hingegen dem Verkäufer der Besitz an den ungetrennten Erzeugnissen nicht zu, und erwirbt er erst durch Besitzergreifung Eigentum, so ist der Widerruf, weil die Traditionsofferte grundsätzlich widerruflich ist und kein Besitz an den stehenden Bäumen besteht, per argumentum e contrario aus § 956 Abs. 1 Satz 2 BGB. zulässig. Dieser Widerruf vermag, weil er nachfolgt, zwar nicht den Eigentumserwerb an den geschlagenen und entästeten 60 Morgen Holz, wohl aber an den noch zu schlagenden 40 Morgen Holz zu verhindern.

---

[1]) Floerke, Diss. S. 63 am Ende.

Es fragt sich, inwieweit dieser Widerruf der Gestattung den Verkäufer auf Grund des Kaufgeschäftes zum Schadenersatz verpflichtet. Eine solche Schadenersatzpflicht wird, insoweit überhaupt ein Schaden entstanden ist, durchgängig bejaht[1]), ohne jedoch den Grund hierfür anzugeben. Diese Schadenersatzpflicht ist nicht auf Unmöglichkeit zurückzuführen, da ja der Käufer leisten kann, aber nicht leisten will. Auch unmittelbar aus § 326 BGB. erwachsen dem Käufer keine Ansprüche. Es kann zwar angenommen werden, daß der Verkäufer in Verzug gerät, aber der Käufer dürfte regelmäßig dem Verkäufer weder die nach § 326 BGB. erforderliche Nachfrist gesetzt noch eine Erklärung des Inhalts abgegeben haben, daß er nach Fristablauf die Annahme der Leistung ablehne. Es liegt jedoch in dem Verbote des Verkäufers eine Verletzung der durch den obligatorischen Vertrag begründeten Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer den Einschlag der restlichen 40 Morgen und die Abfuhr der 20 bereits geschlagenen, aber noch nicht abgefahrenen Morgen zu gestatten. In diesem Verhalten des Verkäufers liegt eine positive Vertragsverletzung[2]). An dem Vorsatz des Verkäufers besteht kein Zweifel. Ebenso ist auch Rechtswidrigkeit gegeben, da das Verhalten des Verkäufers gegen § 433 BGB. verstößt. Es mag hier dahingestellt bleiben, ob die Lehre der positiven Vertragsverletzung sich direkt aus § 276 BGB. oder aus der analogen Anwendung der §§ 280, 286, 326 BGB. ergibt. Eine Schädigung des Käufers liegt regelmäßig vor. Infolge des Verbotes des Verkäufers verzögert sich die Erfüllung, insbesondere die Inbesitznahme der restlichen Morgen Holz. Der Käufer, der sein Holz verspätet erhält, kann seinen Vertragspflichten Dritten gegenüber nicht nachkommen und erleidet Schaden. Demnach hat der Käufer gegen den Verkäufer wegen der infolge des Widerrufs der Gestattung geschehenen positiven Vertragsverletzung folgende Rechte:[3])

1. Unter analoger Anwendung der §§ 280 und 286 BGB. einen Ersatzanspruch für den durch Verletzung der Forderung entstandenen Schaden, d. h. neben dem Erfüllungsanspruch einen Schadenersatzanspruch wegen Verzögerung.

2. Da es sich um einen gegenseitigen Vertrag und außerdem in der Regel um einen Sukzessivlieferungsvertrag handelt, falls die Erfüllung des Vertrages infolge der Verletzung oder aus sonstigen Gründen nicht mehr zugemutet werden kann oder kein Interesse mehr für ihn hat, einen Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung oder ein Rücktrittsrecht unter analoger Anwendung der §§ 325, 326 BGB. Welcher der Ansprüche im Einzelfalle gegeben ist, ist Tatfrage.

---

[1]) Bullermann, Diss. S. 65 a. E., Biermann § 956 Z. 4, Staudinger § 956 II, 2b.

[2]) Enneccerus-Kipp-Wolf I, 2, § 278 1d; Soergel I § 276 Z. 2.

[3]) Enneccerus-Kipp-Wolf I, 2, § 278 II, 1 und 2.

3. Abschnitt: Die Erfüllung des Vertrages im Konkurse des Verkäufers.

§ 13 I. Die Wirkung des Konkursbeschlages.

Es ist nun davon auszugehen, daß der Verkäufer nach Abschluß des Vertrages [1]) in Konkurs gerät. Damit verliert der Verkäufer als Gemeinschuldner nach § 6 KO. die Befugnis, sein Konkursvermögen zu verwalten, und das Verwaltungsrecht geht auf den Konkursverwalter über. Es fragt sich, ob und inwieweit die Bäume, die Gegenstand des Kaufvertrages sind, zur Konkurmasse gehören. Zur Konkursmasse gehört nach § 1 Abs. I KO. das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners, soweit es überhaupt einer Zwangsvollstreckung unterliegt und es ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört. Ferner ist zu erwägen, inwieweit die Bäume als Erzeugnisse des Grundstückes einer Zwangsvollstreckung, mithin überhaupt einer Beschlagnahme, unterliegen. Als die für den Konkursbeschlag maßgebende Zeit kommt der Zeitpunkt des Eröffnungsbeschlusses [2]) in Betracht nach § 108 KO.

Ist der Verkäufer Eigentümer des Grundstücks [3]), von dem die Bäume geschlagen werden, so unterliegt letzteres dem Konkursbeschlage; denn es ist Vermögen, das der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen nach § 864 ZPO. unterworfen ist. Inwieweit jedoch die Bäume einem Konkursbeschlag unterworfen sind, dürfte sich nach dem § 865 ZPO., §§ 20, Abs. II, 21 ZwVG. und §§ 1120 ff. BGB. bestimmen [4]). § 865 ZPO. verweist ebenso wie § 20 Abs. II ZwVG. auf die §§ 1120 ff. BGB.

Ziehe ich die Möglichkeit in Betracht, daß der Käufer bereits durch Trennung Eigentum erworben hat, so sind die Bäume, soweit sie zur Zeit der Konkurseröffnung bereits eingeschlagen sind, schon mit der Trennung nach § 1120 BGB. beschlagnahmefrei, ohne daß es auf ihre Entfernung vom Grundstück ankommt.

Nehme ich den Regelfall an, daß nämlich der Käufer erst durch Besitzergreifung Eigentum erworben hat, so sind die zur Zeit der Konkurseröffnung bereits gefällten Bäume unmittelbar nach der

---

[1]) Sofern der Verkäufer schon vor Abschluß des Vertrages in Konkurs gerät, ist der Vertrag nach § 7 KO. den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam, sodaß eine Erfüllung von vornherein entfällt.

[2]) Mentzel, Kommentar z. KO. § 108 Z. 1.

[3]) Ist der Verkäufer Nichteigentümer des Grundstücks, so hat die Konkurseröffnung die Wirkung, daß nach § 1 KO. weder das Grundstück noch die ungetrennten Bestandteile in die Konkursmasse des Verkäufers als Gemeinschuldner fallen. Der Käufer aber kann die getrennten Bestandteile, soweit er an ihnen nach § 956 BGB. Eigentum erworben hat, aussondern.

[4]) Petersen-Kleinfeller, KO. § 1, II Z. 8; ebenso Sarwey-Bossert, KO. § 1 Z. 3, V.

Trennung, z. B. durch Entästen, ins Eigentum des Käufers übergegangen, mithin veräußert. Die so veräußerten Bäume werden schon nach § 1121 Abs. 1 BGB. beschlagnahmefrei, sofern sie vor dem Eröffnungsbeschluß, also vor der Beschlagnahme, entfernt werden. Hierbei schadet es nicht, ob sie mit oder ohne Willen des Verkäufers entfernt werden; insbesondere ist es gleichgültig, ob die Entfernung zeitlich vor oder nach einem Widerruf der Gestattung seitens des Verkäufers erfolgt; dies ergibt sich aus dem BGB. das kraft seines Schweigens jede Art der Entfernung zuläßt[1]). Nehme ich hingegen an, daß obige Bäume zwar vor Konkurseröffnung eingeschlagen werden und durch Besitzergreifung ins Eigentum des Käufers übergehen, aber nicht mehr abgefahren werden können, so würden sie trotz Veräußerung nach den §§ 1120 ff. BGB., einer Zwangsvollstreckung unterliegen, da sie nicht entfernt sind. Hier greift jedoch § 21 ZwVG. ein. Danach umfaßt die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen die forstwirtschaftlichen Erzeugnisse eines Grundstücks nur, soweit die Erzeugnisse noch mit dem Boden verbunden sind oder soweit sie Zubehör sind. Es dürfte sich hier um Erzeugnisse eines forstwirtschaftlichen Grundstücks handeln. „Daß die Bäume nicht im Betriebe einer Forstwirtschaft angepflanzt, sondern in geringer Zahl oder zwecklos auf dem Grundstücke gewachsen sind[2]),“ ist beim Kaufe von Holz auf dem Stamme im Regelfalle nicht anzunehmen; ebensowenig sind die Bäume mit dem Grund und Boden verbunden, da sie bereits eingeschlagen sind. Eine Zubehöreigenschaft liegt auch nicht vor, da die Bäume lediglich in Erfüllung des Kaufvertrages eingeschlagen werden. Mithin sind beim Kaufe von Holz auf dem Stamme die eingeschlagenen Bäume, auch sofern sie noch nicht entfernt sind, nach § 21 Abs. 1 ZwVG. frei vom Konkursbeschlag. Die eingeschlagenen Bäume sind aber auch nicht mehr Eigentum des Verkäufers, da sie regelmäßig durch Trennung oder durch Besitzergreifung nach § 956 BGB. vor der Konkurseröffnung Eigentum des Käufers geworden sind. Sie gehören insoweit nach § 1 KO. nicht zur Konkursmasse, und der Käufer hat, soweit die Bäume noch nicht abgefahren sind, ein Aussonderungsrecht nach § 43 KO. Dieses Aussonderungsrecht bestimmt sich nach den außerhalb der Konkursordnung geltenden Gesetzen. Der Käufer kann mithin, falls der Konkursverwalter die dem Käufer gehörigen, konkursfreien Bäume nicht herausgibt, einen Eigentumsanspruch nach § 985 BGB. geltend machen.

Die noch stehenden Bäume hingegen sind mit dem Grund und Boden im Sinne des § 21 Abs. 1 ZwVG. fest verbunden und unterliegen insoweit einer Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Ver-

[1]) Schütt, Diss. S. 53.
[2]) Schütt, Diss. S. 54.

mögen. Ebensowenig sind sie veräußert. Veräußerung ist die Aufgabe eines Rechts zwecks Übertragung auf einen anderen. Die noch stehenden Bäume sind weder durch Trennung noch durch Besitzergreifung im Sinne des § 956 BGB. in das Eigentum des Käufers gelangt. Sie sind lediglich Gegenstand des obligatorischen Vertrages, gehören aber, da sie einmal dem Konkursbeschlag nach § 21 ZwVG. unterliegen und sodann noch Vermögen des Gemeinschuldners sind, nach § 1 KO. in die Konkursmasse.

II. Das Schicksal des gegenseitigen Vertrages infolge der Konkurseröffnung.

§ 14. Vollständige Erfüllung seitens einer Partei.

Was die Einwirkung der Konkurseröffnung auf den vor Konkurseröffnung geschlossenen Kaufvertrag anlangt, so ist davon auszugehen, daß der Kaufvertrag durch die Konkurseröffnung nicht etwa aufgelöst wird, sondern fortbesteht. Es folgt vielmehr per argumentum e contrario aus § 7 KO., daß der Kaufvertrag als Rechtshandlung vor der Konkurseröffnung dem Vertragsgegner gegenüber als Konkursgläubiger an sich voll wirksam ist. Es fragt sich, wie sich die Verfolgung der Rechte aus dem Vertrage gestaltet. Die Erfüllung der Rechtsgeschäfte im Konkurse ist durch die §§ 17 ff. KO. gesetzlich geregelt.

Behandle ich zunächst den Fall der vollständigen Erfüllung des Vertrages, der in § 17 KO. nicht erwähnt ist, so scheidet der Fall beiderseitiger vollständiger Erfüllung aus, da damit das Vertragsverhältnis erlischt. Nehme ich an, daß der Verkäufer als Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung voll erfüllt hat, indem er z. B. 100 Morgen Holz, die Gegenstand des Kaufvertrages sind, völlig geliefert hat, so ist der Konkursverwalter berechtigt, vom Käufer die Gegenleistung, nämlich den vollen Kaufpreis, zur Masse einzuziehen [1]; denn der Vertrag und damit auch die gegenseitigen Vertragsverpflichtungen bestehen nach obigen Ausführungen trotz der Konkurseröffnung fort. Hat umgekehrt der andere Teil, nämlich der Käufer, voll geleistet, indem er z. B. den vollen Kaufpreis für die 100 Morgen Holz gezahlt hat, so bildet sein Gegenanspruch, die Lieferung von 100 Morgen Holz, nur eine Konkursforderung [2], da eine Massesschuld nach § 59 KO. nicht vorliegt. Dieser Anspruch ist im vorliegenden Falle, da er nicht auf Zahlung einer Geldsumme geht, gemäß § 69 KO. seinem Schätzungswerte nach geltend zu machen.

---

[1] Vergl. Mentzel KO. § 17 Ziffer 2.

[2] Vergl. Mentzel KO. § 17 Ziffer 2.

§ 15. Nichterfüllung oder nicht vollständige Erfüllung des Vertrages.

Das weitere Schicksal der Erfüllung des Vertrages im Konkurse behandeln die §§ 17ff. KO. Inwieweit läßt vorliegender Kaufvertrag von Holz auf dem Stamme eine Anwendung des § 17 KO. zu? Der gesetzgeberische Zweck dieses Paragraphen ist es, die Gleichstellung aller persönlichen Gläubiger nach Möglichkeit zu erreichen. Es wäre in der Tat unbillig[1]), könnte „der eine Gläubiger, der noch nicht vollständig erfüllt hat, gegen Leistung des Restes die volle Gegenleistung verlangen, während ein anderer, der die volle Leistung zur Konkursmasse erfüllt hat, sich mit der Konkursquote begnügen müßte". Daher besteht das Recht des Konkursverwalters, die Erfüllung zu verlangen. Wenn § 17 KO. von „zweiseitigen" Verträgen spricht, so versteht er darunter gegenseitige Verträge, mithin auch vorliegenden Kaufvertrag[2]). Daß die Konkursordnung den Begriff zweiseitiger Vertrag und nicht gegenseitiger Vertrag gebraucht, erklärt sich dadurch, daß diese Bezeichnung erst in dem Sprachgebrauch des später ergangenen Bürgerlichen Gesetzbuches enthalten ist. Der Kaufvertrag ist ein solcher vollkommener gegenseitiger Vertrag, da ein Austausch von Leistung und Gegenleistung erfolgt. Beide Leistungen stehen in genetischem und funktionellem Synallagma. Weitere Voraussetzung der Anwendung des § 17 KO. ist es, daß der Vertrag von dem Verkäufer als Gemeinschuldner und von dem anderen Teil, dem Käufer, noch nicht oder nicht vollständig erfüllt ist. Der Fall beiderseitiger Nichterfüllung liegt vor, wenn der Verkäufer unmittelbar nach Abschluß des Vertrages in Konkurs geht, ohne daß bisher Leistung und Gegenleistung erfolgt sind. Der Fall nicht vollständiger Erfüllung liegt z. B. vor, wenn beim Kauf über 100 Morgen Holz auf dem Stamme der Käufer bereits 40 Morgen Holz gegen Bezahlung eingeschlagen und abgefahren hat, die weitere Erfüllung aber infolge der Konkurseröffnung unterbleiben muß.

§ 16. Das Wahlrecht des Konkursverwalters.

Geht man zunächst auf das obige Wahlrecht des Konkursverwalters nach § 17 KO. näher ein, so ergeben sich vier verschiedene Möglichkeiten der Verfolgung der Vertragsrechte:

1. Nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 17 KO. kann der Konkursverwalter seinerseits erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Teil verlangen. Die Folge davon wäre, daß die Verpflichtung des Gemeinschuldners aus dem Vertrage nach § 59

[1]) Pünder, Diss. S. 1.

[2]) Von Wilmowski-Kurlbaum § 70 Ziffer 3; Dathe Diss. S. 20.

Z. 2 KO. zur Masseschuld wird und der Konkursverwalter die noch fehlenden Morgen Holz aus der Konkursmasse leisten muß, d. h. er muß dem Käufer wiederum gestatten, die restlichen Morgen Holz einzuschlagen und abzufahren. Der Käufer seinerseits muß die vertragsgemäße Gegenleistung in die Masse leisten, d. h. den vollen vereinbarten Kaufpreis bezahlen. Daneben hat der Käufer freilich noch im Falle eines vorgängigen Widerrufs der Gestattung den auf positiver Vertragsverletzung begründeten Schadensersatzanspruch wegen verzögerter Erfüllung (s. oben S. 22). Letzteren Anspruch kann der Käufer auch im Konkurse geltend machen; denn der Anspruch ist durch eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners vor der Konkurseröffnung, den Widerruf der Gestattung, entstanden. Letzterer Widerruf ist eine Willenserklärung. Der Käufer hat aber hierin keinen nur konkursmäßigen Anspruch als Konkursgläubiger; denn auch die Haupt- und Nebenansprüche aus zweiseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Konkursmasse verlangt wird, sind Masseansprüche, mithin auch vorliegender Ersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung nach § 59 Z. 2 KO.[1]). Sofern infolge des Widerrufs der Gestattung die tatsächlichen Voraussetzungen für einen auf analoger Anwendung der §§ 325, 326 BGB. beruhenden Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt vorliegen, würde hierdurch der Vertrag schon vor der Konkurseröffnung seine Erledigung finden.

2. Sodann hat der Konkursverwalter nach § 17 KO. das Wahlrecht, statt Erfüllung zu verlangen, die Erfüllung zu verweigern. Die Folge davon ist die Nichterfüllung des Vertrages. Das Bestehen dieses Wahlrechts ist an sich unbestritten. Letzteres Recht ist zwar in § 17 KO. nicht ausdrücklich ausgesprochen. Es ergibt sich aber aus der geschichtlichen Entwicklung des Konkursrechts. Schon die Preußische Konkursordnung von 1855, Vorgänger und Vorbild der Reichskonkursordnung vom 10. Februar 1877, gab dem Konkursverwalter gleichfalls das Recht, die Weitererfüllung eines beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrages abzulehnen[2]). Andererseits ergibt sich der Fall der Nichterfüllung als der Regelfall im Konkurse. § 17 KO. geht von der Voraussetzung aus, daß, sofern der Konkursverwalter auf Aufforderung hin nicht erklärt, den Vertrag zu erfüllen, seine Nichterfüllung eintritt. Es ist das Recht des Konkursverwalters, auf Erfüllung zu bestehen, mithin nur als Ausnahmefall in § 17 KO. erwähnt. Der Fall der Nichterfüllung ist als selbstverständlich im Gesetz mit Stillschweigen übergangen. Auf die Folgen der Nichterfüllung des Vertrages wird später eingegangen werden. In der Tat dürfte auch die Wahl der

[1]) Mentzel a. a. O. § 59 Z. 2 Nr. 2a; Jäger KO. § 59 Anm. 6.

[2]) Pünder, Diss. S. 5.

Nichterfüllung des Vertrages durch den Konkursverwalter die Regel sein; denn eine Erfüllung des Vertrages beansprucht erfahrungsgemäß längere Zeit und verzögert so die Erledigung des Konkurses. Zuvor sollen jedoch die anderen Möglichkeiten der Verfolgung des Vertrages behandelt werden.

3. Geht man davon aus, daß der Konkursverwalter von seinem Wahlrecht nach § 17 Abs. I und II KO. aus eigenem Entschluß heraus oder auf Aufforderung des Vertragsgegners hin Gebrauch machen kann, so ergibt sich für den Fall der Aufforderung die Möglichkeit, daß der Konkursverwalter trotz Aufforderung schweigt. § 17 Abs. II S. 2 KO. bestimmt für diesen Fall, daß der Konkursverwalter dann nicht auf Erfüllung bestehen kann. Es tritt die Nichterfüllung des Vertrages ein[1]), und Fall 3 ist ebenso wie Fall 2 zu behandeln.

4. Es ist außerdem möglich, daß beide Teile, sowohl Konkursverwalter wie Vertragsgegner, schweigen. Alsdann ist gar keine Erklärung über das Schicksal des Vertrages abgegeben. Es ist dann anzunehmen, daß die Rechtslage ebenso zu beurteilen ist, wie wenn z. B. ein Gläubiger seine Konkursforderung nicht anmeldet. Der Vertrag bleibt von dem Konkurse überhaupt unberührt. Der Gläubiger kann sich mithin nach dem Konkurse an seine Vertragsschuldner bezüglich der Erfüllung halten[2]). Immerhin dürfte das Eintreten letzterer Möglichkeit nur sehr selten geschehen. Ein gewissenhafter Konkursverwalter wird jedenfalls die während des Konkurses schwebenden Verträge nach Möglichkeit durch Ausübung seines Wahlrechts zu erledigen suchen.

III. Die Wirkung der Nichterfüllung im einzelnen.

§ 17. Der Umfang der Nichterfüllung beim Sukzessivlieferungsvertrage.

Es soll auf die Folgen der Nichterfüllung des Vertrages infolge einer dahingehenden Ausübung des Wahlrechts durch den Konkursverwalter eingegangen werden, nachdem die anderen Möglichkeiten der Erledigung des Vertrages behandelt worden sind. Ob der Konkursverwalter von seinem Wahlrecht Gebrauch macht, muß seinem pflichtgemäßen Ermessen überlassen bleiben.

Der Kaufvertrag von Holz auf dem Stamme wird in der Regel wegen seines Umfanges, weil seine Erfüllung nur in Teilleistungen

[1]) Von Wilmowski-Kurlbaum § 17 Z. 9 a. E.; Amon, Diss. S. 22 Z. 7c; Dathe S. 35.

[2]) Jäger § 17, Anm. 54; Petersen-Kleinfelder § 17, Anm. 12; Unger, Diss. S. 61; Amon S. 22 Z. 7d.

erfolgen kann, in der Form eines Sukzessivlieferungvertrages[1]) abgeschlossen. Es fragt sich, ob bei einem solchen Einheitsvertrage, wenn z. B. von 100 Morgen Forst 40 Morgen bereits eingeschlagen, abgefahren und bezahlt sind, mithin der Vertrag insoweit erfüllt ist, der bereits erledigte Teil des Vertrages von den Folgen der Nichterfüllung mit ergriffen wird. Daß die Nichterfüllung sich auf den ganzen Vertrag bezieht, wird vielfach bejaht[2]) unter Hinweis auf die Einheitlichkeit des Vertrages. Die Folge davon wäre, daß der Verkäufer als Gemeinschuldner zwar die ganze Leistung des Käufers behalten könnte wegen der Vorschrift des § 26 Abs. 1 S. 1 KO., daß aber der Käufer als Vertragsgegner nur einen konkursmäßigen Anspruch nach § 26 Abs. 1 S. 2 KO. hätte. Sarwey-Bossert begründet dieses Ergebnis mit der Tatsache, daß auch sonst dem Käufer nach § 26 KO. nur ein konkursmäßiger Anspruch zusteht. Dies ist m. E. nicht der Kernpunkt der Streitfrage. Es fragt sich vielmehr, inwieweit sich ein solches Ergebnis mit der Natur des Einheitsvertrages rechtfertigen läßt. M. E. ist die obige Auffassung und ihr Ergebnis eine Überspannung des Gedankens der Einheitlichkeit des Vertrages. Es ist unzweckmäßig, den bereits erledigten Vertrag, insoweit er beiderseits erfüllt ist, nochmals aufzurollen. Es entspricht vielmehr der Natur des Sukzessivlieferungvertrages, ihn, soweit er beiderseits erfüllt ist, als erledigt anzusehen. Eine Erfüllungsablehnung bezüglich des ganzen Vertrages auf Grund des Gedankens der Einheit des Vertrages ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Vertrag oder die Leistungen aus demselben beim Ausbleiben der Resterfüllung kein Interesse mehr für den einen oder den anderen Teil haben. Letzteres dürfte in der Regel nicht der Fall sein. Das Hauptvertragsinteresse beider Teile erschöpft sich in der Lieferung von Holz und im Empfang der Gegenleistung. Diese obiger Ansicht entgegengesetzte Meinung wird u. a. von Jäger[3]) vertreten. Danach ergreift die Nichterfüllung des Vertrages nicht den ganzen Vertrag, insbesondere nicht den bereits erledigten Teil. Die Nichterfüllung erstreckt sich lediglich auf den unerledigten Teil des Vertrages.

§ 18. Der Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung.

Als hauptsächlichste Folge der durch die Ablehnung des Konkursverwalters eintretenden Nichterfüllung des Vertrages kommt nach

[1]) Nicht damit zu verwechseln ist der sogen. Wiederkehrvertrag, wo die Verbindlichkeiten auf Leistung und Gegenleistung durch stillschweigende Wiederholung des Vertragsabschlusses jeweils neu begründet werden und nicht ein für allemal begründet sind. Vergl. Jäger § 17 Anm. 18b.

[2]) So Amon S. 16 oben; Wilmowski-Kurlbaum § 17 Z. 8; Petersen-Kleinfeller § 17 Z. 7; Sarwey-Bossert § 17 Z. 20; ebenso RGE. Bd. 39 S. 57.

[3]) Jäger § 17 Anm. 16; vers. Ansicht Oetker a. a. O. S. 27; Mentzel § 17 Z. 5; Dathe, Diss. S. 28.

allgemeiner Ansicht ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 26 KO. in Frage. Letzterer Behauptung steht nur die von Hellmann[1]) und Fitting vertretene Ansicht entgegen, die dem Käufer als Vertragsgegner einen Anspruch auf konkursmäßige Erfüllung, d. h. eine anteilsmäßige Befriedigung seines Gegenanspruchs im Konkurse trotz der Ablehnung gewährt. Diese Ansicht läßt sich direkt aus dem Gesetz[2]) wiederlegen; einmal spricht nämlich § 26 KO. ausdrücklich von einem Anspruch wegen Nichterfüllung infolge Ablehnung. Ferner hat der Konkursverwalter nur ein Recht auf Erfüllung, nicht aber eine solche Pflicht, wie aus § 17 KO. hervorgeht, und insbesondere ist dem Vertragsgegner ein solches Wahlrecht gesetzlich nicht eingeräumt. Es handelt sich mithin nur noch um die Begründung dieses Schadensersatzanspruches, die sehr bestritten ist; erst danach wird sich die Natur dieses Anspruches und demgemäß sein Vorliegen bestimmen lassen.

§ 19. Die ältere bürgerlich-rechtliche Auffassung.

Man kann bei dieser Streitfrage im wesentlichen zwei Meinungen unterscheiden. Die einen sehen den Grund der Schadensersatzforderung in Vorschriften des bürgerlichen Rechts, andere in konkursrechtlichen Bestimmungen.

Vornehmlich Sarwey-Bossert[3]) und Petersen-Kleinfeller[4]) sehen den Rechtsgrund für obigen Anspruch wegen Nichterfüllung in einer vom Gemeinschuldner zu vertretenden Unmöglichkeit. Wilmowski-Kurlbaum begründet diese Lehre eingehend. An sich hat der Schuldner, soweit die Leistung infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, d. h. infolge von Vorsatz und Fahrlässigkeit, Schadensersatz nach § 280 BGB. zu leisten. Ob ein Verschulden des Gemeinschuldners gegeben ist, wenn die Nichterfüllung infolge einer rechtmäßigen Handlung des Konkursverwalters, der Ausübung seines Wahlrechts, geschieht, mag dahingestellt sein. Man hat nämlich den Anspruch auf einen beim Konkurse eintretenden allgemeinen Geldmangel zurückzuführen gesucht und gefolgert, daß infolge dieses Geldmangels die Nichterfüllung eintrete. Für eine Gattungsschuld aber habe der Schuldner auf jeden Fall nach § 279 BGB. einzustehen, ohne Rücksicht auf sein Verschulden. Gerade diese Begründung ist allgemein nicht geeignet, eine Grundlage für den Anspruch zu bilden; es steht doch ein Ausfall im Konkurse, wie auch Pünder[5]) bemerkt,

[1]) Hellmann S. 266; Fitting § 6 zu Anm. 7 und 8.
[2]) S. Wilmowski-Kurlbaum § 17 Z. 6.
[3]) Sarwey-Bossert § 26 Z. 4, 2.
[4]) Petersen-Kleinfeller § 26, 6; ebenso Wilmowski-Kurlbaum § 26 Z. 9 und Amon, Diss. Seite 48.
[5]) Pünder, Diss. S. 27.

vielfach garnicht fest. Ich denke hier an den von Jäger[1]) erwähnten Fall des Genossenschaftskonkurses, der mitunter eine Ausschüttung der Masse bis zu 100% bringt. Nach anderer Ansicht soll die Unmöglichkeit auf dem vorsätzlich auf Nichterfüllung gerichteten Handeln des Konkursverwalters in Ausübung seines Wahlrechts beruhen; der Gemeinschuldner aber habe dieses Verhalten seines Konkursverwalters nach § 276 BGB. zu vertreten. Diese Begründung scheitert[2]) m. E. daran, daß der Konkursverwalter in Ausübung seines Wahlrechts in keiner Weise widerrechtlich gehandelt hat, sondern durchaus rechtmäßig. Darin aber kann kein Verschulden liegen. Petersen Kleinfeller[3]) geht ebenfalls von der in § 280 BGB. aufgestellten, vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit aus. Er setzt dieser das vom Schuldner nachträglich zu vertretende Unvermögen (subjektive Unmöglichkeit) nach § 275 Abs. 2 BGB. mit Recht gleich und führt weiterhin aus, daß dieses Unvermögen bei einer nur der Gattung nach bestimmten Leistung nach § 279 BGB. auch ohne Verschulden zu vertreten sei. Das Vorliegen einer Gattungsschuld aber glaubt er durch § 69 KO. zu erweisen, der alle Ansprüche in Geldansprüche umwandle, mithin in Gattungsschulden. Er hält so die §§ 275, 279, 280 BGB. durchweg für anwendbar. Diese Beweisführung ist m. E. insofern unrichtig, als nach § 69 KO. keine Umwandlung der Ansprüche in Geldansprüche (Gattungsansprüche) erfolgt, sondern lediglich eine „Umrechnung“[4]). Es handelt sich im § 69 lediglich um den für die Beteiligung am Konkursverfahren gebotenen „Liquidationsmodus“. Es braucht in der Tat weder tatsächliche noch rechtliche Unmöglichkeit noch Verschulden des Gemeinschuldners vorzuliegen[5]). Daß eine Unmöglichkeit im eigentlichen Wortsinne nicht vorliegt, wenn der Konkursverwalter von seinem Wahlrecht Gebrauch macht, hat Sachs[6]) eingehend begründet. Es handelt sich hier um ein und dieselbe Alternativobligation, deren Konzentration lediglich durch die Ausübung des Wahlrechts eintritt. Man kann nicht sagen, daß die nichtgewählte Erfüllung unmöglich geworden sei. Mithin kann die Unmöglichkeit keine brauchbare Stütze unseres Anspruchs sein.

Es fragt sich, ob sich der Schadensersatzanspruch auf Verzug, mithin auf die §§ 280, 326 BGB., begründen läßt. Es ergibt sich die Unangemessenheit[7]) eines Verzugsanspruches aus folgenden Erwägungen. Der Käufer als Vertragsgegner kann im Falle der Verweigerung, da die Leistung des Gemeinschuldners an sich fällig

---

[1]) Jäger § 26 Anm. 20.
[2]) Maas, Diss. S. 18 § 32 Ziff. 2.
[3]) Petersen-Kleinfeller S. 117/18.
[4]) Sachs, Diss. S. 15.
[5]) Dathe S. 89.
[6]) Sachs S. 16.
[7]) Petersen-Kleinfeller S. 118 Z. 6, ferner Wilmowski-Kurlbaum § 17 Z. 9.

wäre, Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern. Dieses Recht ist jedoch von einer Nachfristsetzung des Vertragsgegners abhängig, die „nicht mit der vorgängigen Verweigerung der Erfüllung durch den Konkursverwalter übereinstimmt". Die Verzugsvorschriften passen mithin nicht und sind unanwendbar. Selbst wenn man, wie Sachs[1]), eine Nachfristsetzung nicht für erforderlich hält, da sich der Schuldner selbst durch seine Weigerung in Verzug gesetzt hat, so kommt man zur Ablehnung des Schadenersatzanspruches, da dem Erfüllungsanspruch, aus dem der Schadenersatzanspruch mittelbar folgt, von Seiten des Gemeinschuldners die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB.) entgegensteht.

Schließlich hat man versucht, diesen Anspruch auf positive Vertragsverletzung zu stützen. Es fragt sich, ob in der Ablehnungserklärung des Konkursverwalters eine so grobe Verletzung des Vertrages zu erblicken ist, daß ohne Fristsetzung ein Anspruch des geschädigten Teils wegen Nichterfüllung gegeben ist. Dies ist abzulehnen. Eine positive Vertragsverletzung muß stets unberechtigt erfolgen. Dies kann man hier nicht sagen, wo dem Konkursverwalter, nach § 26 KO. zu urteilen, ein dahingehendes Wahlrecht auf Verweigerung der Erfüllung gesetzlich zusteht.

§ 20. Die neuere bürgerlich-rechtliche Auffassung.

Die neuere bürgerlich-rechtliche Theorie, als deren einzige Vertreter Pünder[2]) und Riezler[3]) anzusehen sind, sieht in dem Schadenersatzanspruch nach § 26 KO. eine Art Erfolgshaftung; Riezler läßt es vollkommen dahingestellt, ob wirklich Unmöglichkeit vorliegt. Auf jeden Fall sieht er hier „den Fall eines innerhalb des Schuldverhältnisses rechtmäßig entstandenen Schadens vor sich, und diesen trägt billigerweise der Teil, durch dessen Handeln er verursacht ist, und nicht der Vertragsgegner, dem auf die Ursache eine Einwirkung nicht zustand". Letzteres mag zweifellos stimmen, daß lediglich der Gemeinschuldner überhaupt die Möglichkeit hatte, die Eröffnung des Konkurses und den Eintritt der Konkursvoraussetzungen zu verhüten. Der oberste Leitsatz Riezlers ist jedenfalls „die Unzulässigkeit des venire contra factum proprium, d. h. niemand darf sich mit seinem eigenen Handeln in Widerspruch setzen". Pünder meint dasselbe, wenn er den Schadenersatzanspruch als Folge schuldloser Haftung hinstellt. Er versucht, dogmatisch ein besonderes Institut der erfolglosen Haftung aufzustellen, indem er die wenigen im heutigen Recht vorkommenden Fälle der Erfolgs-

[1]) Diss. S. 18.
[2]) Pünder, Diss. S. 38 ff.
[3]) Riezler, Venire contra factum proprium S. 175.

haftung, z. B. § 7 Kraftfahrzeuggesetz, § 1 Reichshaftpflichtgesetz, § 833, § 904 BGB., u. a. zusammenfaßt. M. E. ist diese Begründung eines besonderen Instituts der erfolglosen Haftung abzulehnen. Man kann vielmehr Pünder[1]) den Vorwurf machen, daß er die gegen seine Auffassung bestehenden Bedenken übergeht. Gegen Pünder spricht, daß die Annahme einer schuldlosen Haftung im Gesetz bei § 26 KO. nicht ersichtlich ist. Ferner kennt das Bürgerliche Gesetzbuch nur das Verschuldungsprinzip für alle Arten von Rechtshandlungen, insbesondere für Verträge. Die Grundlage der Vertragshaftung ist nach § 276 BGB. Vorsatz und Fahrlässigkeit. Es ist also nicht falsch, zu behaupten, das einem entwickelten Recht entsprechende Verschuldungsprinzip habe den Sieg über das einem noch frühen Recht eigene Erfolgshaftungsprinzip davongetragen. Die Fälle der Erfolgshaftung sind Ausnahmefälle vom herrschenden Verschuldungsprinzip, die eine gegenteilige Regel nicht bestätigen können. Demgemäß lehne ich die Annahme einer schuldlosen Haftung im vorliegenden Falle ab[2]).

§ 21. Die konkursrechtliche Auffassung.

Es bleibt also lediglich übrig, diese Haftung auf konkursrechtliche Bestimmungen zu begründen. Als erster hat Otker[3]) den Schadensersatzanspruch direkt aus § 26 S. 2 KO. hergeleitet. Er ist der Ansicht, daß Satz 2 für diese Fälle konkursordnungsmäßig einen Schadensersatzanspruch[4]) verleihe. Demgegenüber steht die Behauptung, daß § 26 Satz 2 KO. nur angebe, daß der Vertragsgegner diesen Anspruch nicht etwa, wie es sonst der Fall wäre, als Masseschuld nach § 59 Z. 1 KO. infolge der Ablehnung des Konkursverwalters geltend machen könne, sondern eben nur als Konkursforderung[5]). Mithin gibt § 26 KO. nicht den Grund des Anspruches im Konkurse an, sondern regelt lediglich seine Verfolgung im Falle des Konkurses. Dem möchte ich mich auch anschließen; § 26 KO. könnte nur dann als Grund des Anspruches betrachtet werden, sofern der Anspruch sich nicht anderweit begründen ließe.

Mithin bleibt nur eine Begründung des Schadensersatzanspruches aus dem Zusammenhang der §§ 17 ff. KO.[6]). Diese Ansicht findet ihre Stütze in der Entstehungsgeschichte. So wurde bei den Gesetzesberatungen die Einfügung des Grundsatzes: „Lehnt er die Erfüllung ab, so ist der andere Teil berechtigt, Schadensersatz wegen Nicht-

[1]) Diss. S. 43.
[2]) Zu ähnlichem Ergebnis gelangt Maas S. 19, Z. 4.
[3]) Oetker S. 49.
[4]) Ebenso Kaatz, Diss. 17; Unger, Diss. S. 30.
[5]) Ebenso RGE. Bd. 63 S. 73.
[6]) Jäger § 26 Anm. 21. Derselben Ansicht Sachs, Diss. S. 21.

erfüllung zu verlangen", als selbstverständlich abgelehnt. Auch logische Erwägungen führen zur Begründung dieses Anspruches. Es ist davon auszugehen, daß § 17 KO. die Regel darstellt[1]) und so regelmäßig zwei Möglichkeiten der Verwirklichung des Vertragsanspruches infolge der Konkurseröffnung wahlweise bestehen: Erfüllung und Verweigerung der Erfüllung. Diese Ansicht findet ihre Bestätigung in der Fassung von § 18 KO. § 18 KO. bildet eine Ausnahme, indem er nur den Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung gewährt. Der Ansicht aber, daß im Regelfalle ein Wahlrecht besteht, entspricht auch die Wortfassung des § 18 KO., die ausdrücklich einen Erfüllungsanspruch in Erwägung zieht, aber ablehnt und sodann die Einfügung des Wortes „nur".

§ 22. Folgerungen aus der Natur des Schadenersatzanspruches.

Aus dieser Begründung des Schadenersatzanspruches aus den konkursrechtlichen Bestimmungen ergeben sich nachstehende Folgerungen:

1. Der Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung muß ausschließlich „infolge" der Ablehnung des Konkurverwalters nach erfolgter Konkurseröffnung entstanden sein[2]). Sofern vorher bereits infolge Widerrufs der Gestattung, der nach obigen Ausführungen auf S. 22 eine positive Vertragsverletzung darstellt, ein Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung oder gar ein Rücktrittsrecht gegeben wäre, bestände ein solcher Schadenersatzanspruch nach § 26 KO. nicht. Das Recht auf Schadenersatz wegen Verzögerung steht jedoch, wie ich später nachweisen werde, durchaus im Einklang mit § 26 Satz 2 KO.

2. Weiterhin ergibt sich als Folge der Tatsache, daß der Schadenersatzanspruch auf der Konkurseröffnung beruht, daß nicht allen Konkursgläubigern ein solcher Schadenersatzanspruch zusteht. Diejenigen, die eine nur dividendenmäßige Erfüllung im Konkurse erhalten, müssen sich damit begnügen. Dies erfordert die Lehre von der par condicio omnium creditorum im Konkurse. Nur die, denen auch nicht einmal konkursmäßige Befriedigung zuteil wird, haben diesen Schadenersatzanspruch[3]). Es wäre in der Tat dem Zwecke des Konkursverfahrens widersprechend, wenn jeder Konkursgläubiger, der bloß dividendenmäßige Erfüllung erhält, noch einen konkursrechtlichen Schadenersatzanspruch in Höhe des Ausfalls hätte. Ein weiteres Eingehen auf diese Streitfrage erübrigt sich, da wir nach obigen Ausführungen auf S. 30 die von Hellmann vertretene

[1]) Maas S. 20, Z. 4b; Dathe S. 80; Mentzel § 26 Z. 3.

[2]) Dathe S. 86; Mentzel § 26 Z. 3; Jäger § 26 Anm. 10; Wilmowski-Kurlbaum § 26 Z. 3.

[3]) Jäger § 26 Anm. 17; Oetker a. a. O. S. 48 ff.; Dathe S. 90.

Ansicht einer konkursmäßigen Erfüllung abgelehnt haben. Es kommt demnach eine bloß dividendenmäßige Erfüllung überhaupt nicht in Frage. Der Käufer als Vertragsgegner hat mithin einen Schadensersatzanspruch nach § 26 KO., den er kraft ausdrücklicher Bestimmung nur als Konkursgläubiger geltend machen kann.

3. In tatsächlicher Beziehung muß infolge der Konkurseröffnung ein Schaden eingetreten sein. Ein Schaden liegt regelmäßig vor, da der Käufer, sofern er infolge der Nichterfüllung oder nicht vollständigen Erfüllung die restlichen Morgen Holz nicht erhält, seinen Vertragspflichten Dritten gegenüber nicht nachkommen kann und so Schaden erleidet. Für den Umfang des Schadensersatzes sind die allgemeinen Bestimmungen der §§ 249 ff. BGB. maßgebend. Der Schadensersatz umfaßt den positiven Schaden und den entgangenen Gewinn. Was die alte Streitfrage bezüglich des Inhalts des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung anlangt, ob Surrogations- oder Differenztheorie, so wird dieser Streit hier durch § 17 KO. entschieden[1]). Nach der Surrogationstheorie tritt der Schadensersatz nur an die Stelle des nichterfüllten Teils, und der Gläubiger bleibt an sich zur Leistung verpflichtet. Nach der Differenztheorie bleibt nur der Differenzanspruch zwischen Erfüllung und Nichterfüllung übrig, und der Gläubiger braucht seine Leistung nicht zu bewirken. Da infolge der Ablehnung des Konkursverwalters eine Erfüllung nach § 17 KO. nicht verlangt werden kann, bleibt hier allein die Differenztheorie verwendbar.

§ 23. Das Schicksal des Vertrages infolge der Erfüllungsablehnung.

Nach Feststellung des Bestehens des Schadensersatzanspruches ist das Schicksal des Vertrages infolge der Erfüllungsablehnung zu untersuchen; denn es fragt sich, ob der Käufer nach Beendigung des Konkurses noch Ansprüche erheben kann. Im wesentlichen werden hier zwei Ansichten vertreten. Nach der einen Ansicht bleibt der Erfüllungsanspruch trotz der Ablehnungserklärung bestehen, und der Konkursverwalter hat im Konkurse einen Schadensersatzanspruch und außerhalb des Konkurses einen Erfüllungsanspruch, den er im Konkurse wegen § 14 KO. nicht geltend machen kann. Demnach hätte der Vertragsgegner trotz Ablehnung die Wahl, ob er den Schadensersatzanspruch im Konkurse oder den Erfüllungsanspruch außerhalb des Konkurses geltend machen will. Dieser Ansicht steht m. E. die Fassung des § 17 KO. entgegen, die das Wahlrecht nur dem Konkursverwalter, nicht dem Vertragsgegner[2]) gewährt.

[1]) Sachs, Diss. S. 23 § 8.
[2]) Hellmann S. 268; Oetker S. 33 ff.

Demgegenüber steht die Gegenansicht, die zwar annimmt, daß der Vertrag zunächst fortbesteht, aber eine sogenannte „Umwandlung" des Erfüllungsanspruches in einen Schadensersatzanspruch eintritt. Dann kann ein Zurückgreifen auf den alten Erfüllungsanspruch nicht angängig sein[1]). Eine Entscheidung dieser Streitfrage nach Vertretungsgrundsätzen auf Grund der Stellung des Konkursverwalters als Vertreter des Gemeinschuldners, der hier durch die Ablehnung den Anspruch auf Erfüllung hinfällig macht[2]), ist recht bedenklich; denn das Reichsgericht (Bd. 29 S. 29 ff.) vertritt die sogenannte Amtstheorie. Es bedarf hier nicht des Eingehens auf die rechtliche Stellung des Konkursverwalters. Obige Ansicht findet ihre Stütze in den entsprechenden Fällen der Unmöglichkeit. Im Falle des § 323 Abs. 2 BGB. tritt ebenfalls keine Aufhebung des Vertrages ein, sondern die noch mögliche Leistung tritt an die Stelle der unmöglichen Leistung, wenn der Betreffende für die unmögliche Leistung den stellvertretenden Ersatzanspruch verlangt. Ebenso ist es im Falle des § 280 BGB. Der Vertrag bleibt bestehen, und der Betreffende schuldet an Stelle der ursprünglichen Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder den Ersatzanspruch nebst entsprechendem Schadensersatz. Natürlich bestehen diesen Obligationen nur wahlweise. Im Falle der §§ 325, 326 BGB. ist es freilich bestritten, ob der Vertrag fortbesteht oder nicht[3]). Immerhin ersehen wir daraus, daß regelmäßig zunächst der Vertrag fortbesteht, aber unter Umwandlung des Anspruchs. Unter analoger Anwendung der Umwandlung ist es auch im Falle des § 17 KO. anzunehmen, daß der Erfüllungsanspruch durch die Ablehnung endgültig in einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung umgewandelt wird.

Demgemäß nehme ich an, daß nach Ablauf des Konkurses der alte Erfüllungsanspruch nicht noch einmal aufleben kann. Dem widerspricht die Tatsache, daß m. E. der Konkurs auch „materiellrechtliche Wirkung" hat und die ganze Rechtslage endgültig klären soll. Abgesehen davon wäre es nahezu unverständlich, wenn der Käufer bereits im Konkurse einen Schadensersatzanspruch haben sollte, aber nachher eventuell außerhalb des Konkurses wegen § 14 KO. erst der Erfüllungsanspruch fällig werden sollte. Es ist ein viel billigeres Ergebnis, wenn man annimmt, daß das alte Rechtsverhältnis nach dem Konkurse in seiner alten Gestalt nicht mehr aufleben könne[4]).

---

[1]) Sachs, S. 30; Maas S. 14; Dathe S. 33; Sarwey-Bossert § 26 Z. 4, 2; Jäger § 17 Anm. 43.

[2]) Unger S. 20.

[3]) Maas S. 15.

[4]) Pünder S. 81.

Im Rahmen der Erörterung über das Schicksal des Vertrages erhebt sich die Frage, ob der Konkursverwalter im Falle der Ablehnung zum Rücktritt vom Vertrage gemäß § 17 KO. berechtigt ist. Hiergegen spricht, daß „durch die Konkurseröffnung in Verbindung mit der Erfüllungsverweigerungserklärung des Verwalters der Vertrag nach feststehender Lehre und Rechtsprechung nicht aufgehoben wird". Vielmehr hat sie nur die Wirkung, daß die weitere Erfüllung unterbleibt [1]). Mit diesem Rücktrittsrecht würde auch der Umstand nicht übereinstimmen, daß nach § 26 S. 1 KO. der Vertragsgegner nicht berechtigt ist, die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen. Die Parteien sind im Falle eines Rücktritts nach § 346 BGB. verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Ein solches allgemeines Rücktrittsrecht ist auch aus den §§ 17 oder 18 KO. nicht zu entnehmen. Hieraus folgt die Ablehnung eines Rücktrittsrechts für den Fall der Erfüllungsverweigerung des Konkursverwalters.

§ 24. Das Schicksal der Teilerfüllung.

Letztlich fragt es sich, was mit einer Teilerfüllung, sei es des Käufers als Vertragsgegner, sei es des Verkäufers als Gemeinschuldner im Falle der Nichterfüllung des Vertrages infolge der Ablehnungserklärung des Konkursverwalters geschehen soll.

Liegt eine Teilerfüllung des Käufers vor, indem z. B. der Käufer von 100 Morgen Holz auf dem Stamme bereits 60 Morgen Holz bezahlt, aber vor Konkurseröffnung nur an 40 Morgen Eigentum erlangt hat, so ergibt sich die Lösung dieser Frage unmittelbar aus dem Gesetz. Der Käufer kann nach § 26 S. 1 KO. seine Teilerfüllung, den für die noch nicht gelieferten 20 Morgen gezahlten Kaufpreis, nicht zurückverlangen. Er kann lediglich Schadensersatz wegen Nichterfüllung als Konkursgläubiger nach § 26 S. 2 KO. verlangen [2]).

Im umgekehrten Falle bei Teilerfüllung des Gemeinschuldners fehlt eine gesetzliche Regelung. Es soll hier von folgendem praktischen Falle ausgegangen werden: der Käufer hat von 100 Morgen Holz 60 Morgen schlagen und 40 Morgen auch abfahren lassen. Unterstelle ich weiter, daß der Käufer an sämtlichen 60 Morgen nach § 956 BGB. Eigentum erworben, aber infolge von Streitigkeiten nur den Kaufpreis für die 40 abgefahrenen Morgen bezahlt hat, so liegt, sofern danach der Konkurs ausbricht, der typische Fall der Teilerfüllung des Gemeinschuldners vor.

[1]) RGE. Bd. 56 S. 238; Bd. 86 S. 250 und Bd. 90 S. 220.
[2]) Jäger § 17 Anm. 17.

Der Rückgewähr dieser Teilleistung von 20 Morgen steht der Umstand entgegen, daß nach obigen Ausführungen auf Seite 37 ein Rücktrittsrecht nicht besteht.

Es fragt sich, ob der Konkursverwalter für die Teilerfüllung des Gemeinschuldners vom Käufer als Vertragsgegner die entsprechende Gegenleistung verlangen kann. Dagegen erheben sich Bedenken. Geht man davon aus, daß die Ablehnung der Erfüllung bereits erfolgt ist, so muß man berücksichtigen, daß damit eine Umwandlung des Erfüllungsanspruchs in einen Schadensersatzanspruch geschehen ist. Deshalb kann der Konkursverwalter nicht Erfüllung verlangen, da ihm ein solcher Erfüllungsanspruch nicht mehr zusteht. Diese Folgerung findet ihre Stütze in § 17 Abs. II S. 2 KO., der den analogen Fall behandelt, daß der Konkursverwalter trotz Aufforderung schweigt. Für diesen Fall schreibt das Gesetz ausdrücklich vor, daß der Vertragsgegner nicht mehr auf Erfüllung bestehen könne. Dementsprechend ist auch in unserem Fall, der dem im Gesetz behandelten Fall nach den Ausführungen auf S. 28 gleichsteht, anzunehmen, daß kein Erfüllungsanspruch mehr besteht. Dieser Standpunkt wurde früher ausschließlich vertreten [1]).

Es geht nicht an, diese Zweifelsfrage mit Hilfe des § 26 S. 1 KO. zu entscheiden. Diese gesetzliche Bestimmung betrifft nur die Teilerfüllung des Vertragsgegners, nicht aber die des Gemeinschuldners.

Auszugehen ist freilich von dem Gedanken, daß es der Billigkeit nicht entspricht, wofern man dem Vertragsgegner die Teilerfüllung ohne weiteres beläßt. Man ist auch in neuerer Zeit von dieser Lösung abgekommen. Es fragt sich nur, ob lediglich ein Bereicherungsanspruch oder trotz obiger Bedenken ein Anspruch auf Rückgewähr zuzubilligen ist. Das Reichsgericht hat in neuerer Zeit [2]) entgegen seinen früheren Entscheidungen einen solchen Rückgewährsanspruch zugebilligt. Es geht davon aus, daß der Vertragsgegner bei Fortbestehen des Vertrages keinen Anspruch wegen Bereicherung mangels Wegfalls eines rechtlichen Grundes habe. Es glaubt auf Grund der Billigkeit nach den §§ 323 Abs. I, 325, 326 BGB. den Grundsatz aufstellen zu müssen, daß keine Vertragspartei die auf Grund eines zweiseitigen Vertrages erhaltene Teilleistung ohne Gegenleistung billigerweise behalten dürfe. Auch Pünder [3]) tritt diesem Standpunkt des Reichsgerichts bei: Er geht von § 325 Abs. I S. 2 und 3 BGB. aus, wo die Weitererfüllung desjenigen Vertragsteils, der bereits teilweise erfüllt hat, aus einem von ihm zu vertretenden Umstande nicht mehr erfolgen kann. Geht man davon aus, daß die teilweise Erfüllung kein Interesse mehr hat, so ergibt sich das Recht, vom

[1]) OLG. Dresden 4, 169; RGE. Bd. 46 S. 100, Bd. 86 S. 250, Bd. 90 S. 220.
[2]) RGE. Bd. 73, S. 58.
[3]) Pünder, Diss. S. 72/73.

Vertrage zurückzutreten oder unter Rückgabe bereits bewirkter Teilleistung Schadenersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages zu fordern. Das liegt nach Pünder hier nicht vor. Nehme ich hingegen die Teilleistung an, so bleibe ich verhältnismäßig zur Leistung verpflichtet und kann das Recht zum Rücktritt oder auf Schadenersatz nur geltend machen, soweit die mir geschuldete Leistung unmöglich geworden ist. Für den Konkursfall bedeutet dies freilich, daß der Gemeinschuldner entweder die entsprechende Gegenleistung zu bewirken hat oder die Teilleistung herauszugeben hat. Gegen diese Auffassung Pünders spricht die Natur der Ablehnung und sodann § 17 Abs. II S. 2 KO., wonach ein Erfüllungsanspruch nicht mehr besteht [1]). Ist aber der Erfüllungsanspruch nicht mehr rechtsbeständig, so kann weder ein Anspruch des Konkursverwalters auf die Gegenleistung bestehen noch an deren Stelle ein Anspruch auf Rückgewähr der Teilerfüllung treten. Ferner ist die Lösung des Reichsgerichts nicht anwendbar, sofern die Leistung nicht wie hier in Teilleistungen, sondern in einer unteilbaren Leistung besteht.

§ 25. Die Begründung des Bereicherungsanspruches.

Es fragt sich, ob ein Bereicherungsanspruch des Konkursverwalters bezüglich der Teilerfüllung des Gemeinschuldners gegeben ist [2]). Schwierigkeiten stehen diesem Bereicherungsanspruch insofern entgegen, als die Gegner des Bereicherungsanspruchs behaupten, der rechtliche Grund der Bereicherung bestehe noch, da der Vertrag infolge der Ablehnung nicht aufgelöst sei [3]). Es fragt sich, ob diese Ansicht gerechtfertigt ist und insbesondere der Vertrag in jedem Falle den rechtlichen Grund darstellt. Die Gegenansicht, wie sie z. B. von Jäger vertreten wird, sieht in der inhaltlichen Umwandlung des Erfüllungsanspruchs in einen Schadenersatzanspruch auf Grund der Ablehnung den Wegfall des Rechtsgrundes. Es liegt hier kein Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB vor; denn als der Gemeinschuldner seine Teilleistung bewirkte, lag noch keine Ablehnungserklärung des Verwalters vor, sodaß auf jeden Fall das Nichtvorhandensein eines rechtlichen Grundes überhaupt nicht in Frage kommt. Der rechtliche Grund ist vielmehr nach § 812 Abs. 1 S. 2 BGB. späterhin weggefallen. Es handelt sich hier um die condictio ob causam finitam. Was die Natur des Rechtsgrundes anlangt, so bedarf sie einer Untersuchung, da davon das Vorliegen der Bereicherung abhängt. Daß der noch bestehende obligatorische Vertrag lediglich als rechtlicher Grund in Frage kommt, ist m. E.

[1]) Maas, Diss. S. 30.

[2]) Dies wird bejaht von Jäger § 17 Anm. 17; Dathe S. 35; Maas S. 24; Unger S. 55; Amon S. 64; Wilmowski-Kurlbaum § 17 Z. 6.

[3]) Petersen-Kleinfeller S. 96.

abzulehnen. Den Vertrag lediglich als Rechtsgrund anzusehen, halte ich für eine formalistische Anschauung. Es kommt vielmehr auf den Inhalt des Vertrages an. Der Vertrag wird seinem Inhalte nach durch die Umwandlung des Anspruchs erheblich verändert. Enneccerus [1]) sieht die Bereicherung als ungerechtfertigt an, bei der der Zweck zunächst gesetzt und eingetreten war, aber später weggefallen ist. Er stellt den Zweckgedanken in den Vordergrund und sieht in der Wandlung oder dem Wegfall des Zweckes den Wegfall des Rechtsgrundes. Auch in unserem Falle ist der Zweck der Teilleistung, die Erfüllung, infolge der Ablehnung des Konkursverwalters weggefallen. Von dem Zweck des Rechtsgeschäfts geht auch Jung [2]) bei der Konstruktion des Rechtsgrundes der Bereicherung aus. Mithin ist der rechtliche Grund infolge der Ablehnung des Konkursverwalters weggefallen, da sich hierdurch der Zweck des Vertrages gewandelt hat. Die Bereicherung wird noch in Frage gestellt, da v. Mayr [3]) grundsätzlich verlangt, daß der rechtliche Grund mit Rückwirkung wegfalle. Das kann man von der Ablehnungserklärung des Konkursverwalters nicht sagen, die lediglich ex-nunc-Wirkung hat. Was die von v. Mayr behauptete Rückwirkung anlangt, so widerspricht sich v. Mayr selbst, indem er sich in dem auf S. 542 erwähnten Versicherungsfall mit einer ex-nunc Wirkung des dort erwähnten Wegfalls der Bereicherung begnügt. Demgemäß erachte auch ich den Wegfall der Bereicherung ohne Rückwirkung für zulässig. Mithin hat der Konkursverwalter einen Bereicherungsanspruch bezüglich der Teilerfüllung des Gemeinschuldners nach § 812 Abs. 1 S. 2 BGB. für die Masse, während der Käufer als Konkursgläubiger einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 26 S. 2 KO. hat.

§ 26. Der Schadensersatzanspruch wegen verzögerter Erfüllung im Konkurse.

Sofern der Käufer nach obigen Ausführungen auf S. 22 und 27 einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Verzögerung der Erfüllung auf Grund positiver Vertragsverletzung hat, fragt es sich, ob dieser Anspruch im Falle der Ablehnung des Konkursverwalters noch neben dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 26 KO. im Konkurse geltend gemacht werden kann. Mentzel [4]) und mit ihm das Reichsgericht [5]) bejahen dies, falls der Konkursverwalter auch, wenn er die Erfüllung gewählt hätte, zum Schadensersatz wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung verpflichtet gewesen wäre. Letztere Voraussetzung ist nach den Ausführungen

[1]) Enneccerus-Kipp-Wolff I 2 § 442, I 3 S. 622
[2]) Jung S. 68 a. E.
[3]) v. Mayr S. 542.
[4]) Mentzel § 26 Z. 3 S. 118 a. E.
[5]) RGE. Bd. 94 S. 203.

auf S. 27 erfüllt. Bedenklich erscheint dieser Schadensersatzanspruch wegen verzögerter Erfüllung nur, weil der Käufer infolge der Ablehnung des Konkursverwalters keinen Erfüllungsanspruch mehr hat. Trotzdem sehe ich den Schadensersatzanspruch wegen Verzögerung als gegeben an. Es ist eigentlich kein Erfüllungsanspruch, sondern ein Schadensersatzanspruch. Abgesehen davon ist es nicht einzusehen, warum der Gemeinschuldner deshalb von der Haftung für die vor Konkurseröffnung begangene positive Vertragsverletzung befreit sein soll, weil der Konkursverwalter Nichterfüllung wählt. Dieser Anspruch ist vor der Konkurseröffnung durch eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners entstanden und kraft der Sonderbestimmung des § 59 Z. 2 KO. nach den Ausführungen auf S. 27 Masseschuld. Mithin hat der Käufer zwei Ansprüche, einmal den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung und sodann den Anspruch wegen verzögerter Erfüllung. Diesen Ansprüchen gegenüber steht der Bereicherungsanspruch für die Masse.

§ 27. Anrechnung oder Aufrechnung.

Es erhebt sich die Frage, ob eine Aufrechnung nach § 387 BGB., die im Wege einseitiger Aufrechnungserklärung geschieht, zulässig ist oder ob nur eine Anrechnung des Schadensersatzanspruches auf die Teilerfüllung bei der Schadensberechnung erfolgen kann.

Die Zulässigkeit der Aufrechnung hat das Reichsgericht in vorliegendem Fall wegen der §§ 55, Z. 1 und 2 KO. früher abgelehnt[1]). Der Käufer als Vertragsgegner ist hier im Sinne des § 55 Z. 1 KO. etwas zur Masse schuldig geworden, indem er die Teilerfüllung des Gemeinschuldners zur Masse im Wege der Bereicherung herausgeben muß. Anderseits erscheint der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, entstanden durch die Ablehnung des Konkursverwalters, als eine nach Eröffnung des Konkurses erworbene Konkursforderung und insoweit eine Aufrechnung unzulässig. Dem ist jedoch in der Tat nicht so. Der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung ist nach obigen Ausführungen auf S. 33 an sich nach § 59 Z. 1 KO. Masseschuld, die nur wegen der ausdrücklichen Bestimmung des § 26 S. 2 KO. nicht als Masseschuld, sondern nur als Konkursforderung verfolgt werden darf. Mithin ist der Anspruch für die Aufrechnung insoweit Masseschuld und § 55 Z. 1 KO. steht einer Aufrechnung nicht entgegen[2]). Zu ebendemselben Ergebnis gelangt auch, m. E. zu Recht, auf einem anderen Wege Sachs[3]). Er sieht die Rückleistungsforderung zur Masse als durch die Ablehnung des Konkursverwalters aufschiebend bedingt an, ebenso wie die Schadensersatzforderung durch die Ablehnung aufschiebend bedingt ist, und

[1]) RGE. Bd. 46 S. 100.
[2]) Maas S. 32.
[3]) Sachs S. 45.

kommt unter Anwendung von § 54 Abs. I KO., der § 55 Z. 1 KO. ausschaltet, zur Zulässigkeit der Aufrechnung. Was den Schadensersatzanspruch wegen Verzögerung anlangt, so ist er nach § 59 Z. 2 KO. Masseschuld und die Aufrechnung von Masseschulden untereinander ist nach § 55 Z. 1 KO. zulässig.

Weiterhin soll einer Aufrechnung § 55 Z. 2 KO. entgegenstehen. Eine Schuld des Käufers vor der Eröffnung des Verfahrens bestand dem Gemeinschuldner gegenüber in der Erfüllungsschuld. Es fragt sich, ob der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht nach der Konkurseröffnung entstanden ist und insoweit der Aufrechnung entgegensteht. Dies ist abzulehnen. Die Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung ist vielmehr bereits bei der Konkurseröffnung entstanden, aufschiebend bedingt durch die Ablehnungserklärung des Konkursverwalters. Dies ergibt sich aus der Natur der Konkursforderung nach § 3 Abs. 1 KO. Dies ergibt sich auch aus § 54 Abs. 3 KO. Ist nämlich die Schadensersatzforderung aufschiebend bedingt, so gilt ein derartiger Anspruch als vor der Konkurseröffnung entstanden. Mithin ist insoweit die Aufrechnung zulässig. Auch der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verzögerung ist nach § 55 Z. 2 KO. aufrechenbar, da er durch den Widerruf der Gestattung vor Konkurseröffnung entstanden ist.

Ein weiteres Erfordernis der Aufrechnung, das Sachs m. E. übersehen hat[1]), ist die Selbständigkeit der zur Aufrechnung einander gegenüberstehenden Forderungen. Diese Selbständigkeit ist bezüglich der Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung und der Bereicherung nicht gewahrt, da beide Ansprüche endgültig durch ein und dasselbe Ereignis, die Ablehnung des Konkursverwalters, entstehen. Mithin ist die Aufrechnung für diesen Fall unzulässig. Was dagegen den Schadensersatzanspruch wegen Verzögerung und die Bereicherung anlangt, so sind sie aufrechenbar, da sie auf verschiedenen Ereignissen, dem Widerruf der Gestattung und der Ablehnung des Konkursverwalters, beruhen. Mithin kommt im ersten Falle lediglich eine Anrechnung in Betracht[2]).

Nimmt man an, daß die Schadensersatzansprüche höher sind als der Wert der Bereicherung, so kann der Käufer zunächst den Schadensersatzanspruch wegen Verzögerung aufrechnen. Sodann kann er den Rest der Bereicherung auf seinen weiteren Anspruch wegen Nichterfüllung anrechnen, wobei ihn die Beweislast trifft, und schließlich den restlichen Schadensersatzanspruch als Konkursforderung geltend machen. Nimmt man umgekehrt an, daß der Wert der Bereicherung den Schaden übersteigt, so hat die Masse einen Bereicherungsanspruch bezüglich des den Schaden übersteigenden Teils der Bereicherung.

[1]) Sachs S. 45.

[2]) Derselben Ansicht Jäger § 17 Anm. 17 S. 301; OLG. Dresden 4, 169; anderer Ansicht RGE. Bd. 73 S. 58.

Lebenslauf.

Ich, Werner Otto Hermann Balduin Pufe, bin als Sohn des Gymnasiallehrers Arthur Pufe und seiner Ehefrau Elisabeth geb. Scholz am 7. Oktober 1904 zu Breslau geboren. Ich bin Preuße und evangelischer Konfession. Von Ostern 1911 an besuchte ich die Vorschule der Bender-Oberrealschule und seit Ostern 1914 das hiesige Friedrichs-Gymnasium, wo ich am 13. März 1923 die Reifeprüfung ablegte. Vom Sommersemester 1923 an studierte ich Rechtswissenschaft, und zwar 6 Semester auf der hiesigen Friedrich Wilhelms-Universität und 1 Semester — Sommer 1924 — auf der Berliner Friedrich Wilhelms-Universität. Am 4./5. Mai 1927 legte ich am hiesigen Oberlandesgericht das Referendarexamen ab, wurde am 11. Juni vereidigt und trat am 1. August 1927 den Vorbereitungsdienst bei der Staatsanwaltschaft Breslau an. Die mündliche Doktorprüfung habe ich am 7. Juli 1927 an der Universität Breslau abgelegt.